

THÈSE
POUR LE
DOCTORAT EN DROIT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

La Séparation de Corps

dans l'Ancien Droit français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

Présentée et soutenue le 15 Juin 1914 à 1 heure et Demie

PAR

Henri GAGÉ



Président : M. CHÉNON, PROFESSEUR.

Suffragants { MM. GARÇON
FOURNIER } PROFESSEURS.

PARIS

IMPRIMERIE DES THÈSES DE DROIT

OLLIER-HENRY

26, Rue Monsieur-le-Prince, (VI^e Arr^t).

1914

A MA MÈRE

La Séparation de Corps dans l'Ancien Droit Français

INTRODUCTION

Le principe de l'indissolubilité du mariage en droit canonique

Le travail que nous entreprenons a pour objet l'étude de la « séparation de corps dans l'ancien droit français » ; mais, avant d'entrer dans le sujet lui-même, il faut dire quelques mots du principe auquel il se rattache, avant d'étudier le tempérament qu'apporte au principe de l'indissolubilité du mariage l'institution de la séparation de corps, il convient, tout d'abord, d'examiner le principe lui-même.

Nous allons donc rechercher brièvement d'où est venu le principe de l'indissolubilité du mariage, comment on l'a justifié, et, enfin, quelle était sa portée.

CHAPITRE I. — *Origine du principe de l'indissolubilité.* — Le principe de l'indissolubilité remonte aux origines de l'humanité d'après le témoignage de la Genèse (1) corroboré par celui des Evangiles (2). Mais il avait été ensuite bien méconnu par la plupart des peuples anti-

(1) Genèse. II, 24.

(2) Saint Mathieu, XIX, 4-5, Saint Marc, X, 7, 8.

ques et même par les Juifs (1). C'est au christianisme que revient l'honneur de l'avoir restauré. En élevant le mariage à l'état de sacrement, Jésus-Christ en a fait véritablement un « *consortium omnis vitae* », une union que la mort seule peut dissoudre. Ce sont les efforts persévérants de l'Eglise qui ont réussi à mettre fin à ces unions sans lendemain et sans dignité telles qu'elles se pratiquaient à Rome, sous l'Empire, où, au dire de Sénèque (2), les femmes en étaient arrivées à compter les années, non plus par le nom des Consuls, mais par le nom de leur mari, et ce fut là, certes, une des plus belles conquêtes du christianisme sur le paganisme !

C'est donc le christianisme qui a légué au monde moderne le principe de l'indissolubilité du mariage. Mais, sur quoi s'est-il appuyé pour soutenir ce principe ? Quels sont les textes que l'Eglise a pu invoquer en sa faveur ?

Il y a, d'abord, le texte de la Genèse, dans lequel Adam après la création d'Eve remercie le Seigneur et prononce ces paroles fondamentales : « C'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à son épouse et ils seront deux dans une même chair. *Quamobrem relinquet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suæ, et erunt duo in carne una.* » N'est-ce pas là la source même de laquelle devait découler le principe de l'indissolubilité : « l'homme quittera son

(1) Cfr. Saint Mathieu, XIX, 7-8. Saint Marc, X, 4-5.

(2) Sénèque. De Beneficiis, III, 16.

père et sa mère », mais il ne quittera pas sa femme, « *erunt duo in carne una.* » L'esprit du texte était donc très net dans le sens de notre principe (II, 24).

Mais, malgré ce texte, et « à cause de la dureté de leur cœur », Moïse permit aux Hébreux la répudiation pour causes déterminées de la femme par le mari (1) et ce fut seulement Jésus-Christ qui vint rétablir la loi primitive.

Nous arrivons ainsi au texte fondamental en notre matière, celui des Evangiles. Interrogé par les Pharisiens sur le point de savoir si un homme peut répudier sa femme, Jésus leur répond en rappelant les paroles mêmes de la Genèse : « *Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una,* » et il ajoute ces paroles qui complètent le passage de la Genèse en l'expliquant : « *Itaque jam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo deus conjunxit, homo non separet.* » C'est bien là la reconnaissance du principe de l'indissolubilité du mariage tel qu'allait l'appliquer l'Eglise. Puis Jésus, développant sa pensée et répondant aux questions des Pharisiens qui lui objectent que Moïse a cependant permis au mari de répudier sa femme, déclare que « quiconque renvoie sa femme et en épouse une autre commet un adultère, et que celui qui épouse la femme renvoyée commet également un adultère. » Si Moïse a toléré le divorce chez

(1) Deutéronome. Ch. XXIV, n° 1.

les Hébreux, « c'est à cause de la dureté de vos cœurs. »
« Ob dureliam cordis » dit Jésus (1).

C'est ce texte qui rétablit l'idée du mariage indissoluble que la chrétienté toute entière allait appliquer pendant des siècles. C'est cette idée que les apôtres, puis les Pères de l'église allaient enseigner : c'est Saint-Paul qui dira : « La femme est liée à son mari tant qu'il est vivant, » (2) en déclarant que le mariage « est un grand sacrement dans le Christ et dans l'Eglise » (3). Saint Augustin le redira après lui : « *Omnis itaque nuptiarum bonum impletum est in illis parentibus Christi, proles, fides, sacramentum ; prolem, cognoscimus ipsum Dominum Jesum, fidem quia nullum adulterium, sacramentum quia nullum divorcium* » (4).

(1) Voici le passage tout entier, d'après Saint Mathieu, XIX, versets 3 à 9 (édition de la *Vulgate*).

3. Et accesserunt ad eum pharisaei tendantes eum, et dicentes : Si licet homini dimittere uxorem suam, quacumque ex causa ?

4. Qui respondens ait eis : Non legistis quia qui fecit hominem ab initio, masculum et feminam fecit eos ? et dicit :

5. Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una.

6. Itaque jam non sunt duo, sed una caro. Quod ergo Deus conjunxit homo non separet.

7. Dicunt illi : Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii et dimittere ?

8. Ait illis : Quoniam Moyses ob duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras : ab initio autem non fuit sic.

9. Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mœchatur : et qui dimissam duxerit, mœchatur.

(Comp. Saint Marc X., vers. 2 à 10).

(2) Saint Paul. Epître aux Romains. G. VII, V. 2. « Nam quae sub viro est mulier, vivente viro, alligata est legi ». Ep. aux Corinth. VII, 39.

(3) Saint Paul, Ep. aux Ephésiens, V. 32.

(4) Saint Augustin. De nuptiis et concupiscentia I. ch. XIII.

Le concile de Trente, dans sa 24^e session consacrée au mariage qui donne au principe de l'indissolubilité une dernière et solennelle consécration, prend soin de rappeler le texte de la Genèse qui sert de fondement à ce principe : « Le premier père du genre humain a déclaré le lien du mariage perpétuel et indissoluble lorsqu'il a dit : C'est là maintenant l'os de mes os, la chair de ma chair ; c'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à son épouse, et ils seront deux dans une même chair. » (1)

CHAPITRE II. — *Sa justification.* — Le principe étant ainsi posé, il s'agissait de le justifier. Qu'a donc dit l'Eglise pour faire admettre cette idée à la fois si ancienne et si neuve de mariage indissoluble ?

Il importe, ici, de distinguer entre deux sortes d'arguments : les arguments d'ordre purement théologique et les arguments d'ordre social.

L'Eglise a, d'abord, fait valoir en faveur de la thèse de l'indissolubilité des arguments d'ordre purement théologique. Le mariage a, en effet, été mis par Jésus-Christ au nombre des sacrements, comme il résulte du passage précité de Saint Paul (« Epître aux Ephésiens » ch. V, n° 32) : « *Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico vobis, in Christo et in Ecclesia.* » Le ma-

(1) Theiner. — Acta Concilii Tridentini Tome II, page 424 « Matrimonii perpetuum indissolubilemque nexum primus humani generis parens divini spiritus instinctu pronuncia vit, cum dixit : Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro ex carne mea. Quamobrem relinquet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suæ, et erunt duo in carne una ».

riage est, ajoute saint Paul, un sacrement destiné à imiter l'union de Jésus-Christ et de son Eglise ; or, cette alliance du Christ et de son Eglise étant forcément perpétuelle, il en résulte que le mariage destiné à imiter cette alliance doit présenter le même caractère de perpétuité : il doit être indissoluble (1).

Mais, si c'est là l'explication qui a toujours été mise en avant par les canonistes pour expliquer l'indissolubilité du lien conjugal, ce n'est pas la seule que l'Eglise ait fournie. A côté des arguments d'ordre religieux, l'Eglise n'a pas manqué de mettre en lumière des arguments d'ordre social.

L'indissolubilité n'est pas seulement un principe d'ordre religieux, c'est un principe de « droit naturel », suivant l'expression même des canonistes, c'est-à-dire un principe d'ordre social. L'Eglise a su montrer que l'intérêt de la société était que le mariage fût indissoluble ; elle a su montrer que l'union conjugale veut l'indissolubilité, que l'intérêt des enfants la réclame, qu'un Etat où le mariage est indissoluble, où les familles sont unies est supérieur à un Etat où le divorce peut dissoudre à volonté les unions. En sauvegardant la perpétuité du mariage, dit-elle, elle n'a fait que se conformer à la loi naturelle et par conséquent, servir l'intérêt général, l'intérêt commun de toutes nations ! (2)

(1) Pierre Lombard, *Sententiae*. Lib. IV. Dist. XXXI. 2, in fine. « Et attende quod tertium bonum conjugii dicitur sacramentum, non quod sit ipsum conjugium, sed quia ejusdem rei sacrae signum est, id est, spiritualis et inseparabilis conjunctionis Christi et Ecclesiae. »

(2) Voy. Saint-Thomas d'Aquin. *Somme contre les Gentils*. Liv. III, ch. 123 — et le Père Didon — *Indissolubilité et Divorce*. 2^{me} conférence. (L' « indissolubilité du mariage devant le droit naturel ».

Ainsi, arguments tirés de ce que le mariage entre chrétiens est un sacrement, d'une part, arguments tirés du droit naturel et de l'ordre social, d'autre part, voilà comment l'Eglise a toujours justifié et justifie encore de nos jours le principe de l'indissolubilité de l'union conjugale (1).

CHAPITRE III. — *Sa portée.* — Sur l'origine et sur la justification de notre principe, il n'y a jamais eu de difficultés, mais il n'en a pas toujours été de même en ce qui concerne sa portée.

Le principe est-il absolu ? Ne souffre-t-il aucune exception ?

A cette question ainsi posée nous répondons sans hésiter : « Oui. » Le dogme de l'indissolubilité du mariage a toujours été absolu, et l'Eglise catholique a toujours appliqué le principe rigoureusement. C'est la mort et la mort seule qui peut rompre le mariage.

Cependant, un texte fameux, celui de Saint Mathieu

(1) Voir l'encyclique *Arcanum divinac* du pape Léon XIII, du 10 février 1880.

« Jam vero apostolis magistris accepta referenda sunt, quae sancti Patres nostri, Concilia et universalis Ecclesiae traditio semper docuerunt, nimirum Christum Dominum ad sacramenti dignitatem evexisse matrimonium ; simulque effecisse ut conjuges, coelesti gratia quam merita ejus pepererunt septi ac muniti, sanctitatem in ipso conjugio adipiscerentur : atque in eo, ad exemplar mystici connubii sui cum Ecclesia mire conformato, et amorem qui est naturae consentaneus perfecisse, et viri et mulieris individuum suaptae naturae societatem divinae caritatis vinculo validius conjunxisse. »

(Gasparri, Tractatus canonicus de matrimonio. Tome II, pages 410-411).

(XIX-9) a, pendant longtemps, soulevé des doutes et embarrassé les docteurs.

Ce texte est ainsi conçu :

« *Dico autem vobis quia quicumque dimiserit uxorem suam, — nisi ob fornicationem —, et aliam duxerit, maechatur ; et qui dimissam duxerit, maechatur* ». « En vérité, je vous le dis : Quiconque renvoie sa femme, *si ce n'est pour cause d'adultère*, et en épouse une autre, se rend adultère ; et celui qui épouse la femme ainsi renvoyée se rend adultère ».

Comment fallait-il interpréter ce texte ? Fallait-il voir dans cette incise « *nisi ob fornicationem* », qui ne se retrouve pas dans les textes parallèles de Saint Marc et de Saint Luc (1) une exception au principe de l'indissolubilité, et dire que le divorce était permis dans le cas de l'adultère de la femme ? Fallait-il, au contraire, ne voir dans ce texte que la simple faculté pour l'homme de renvoyer sa femme adultère, mais sans que ni lui ni elle n'aient le droit de se remarier, et interpréter les mots « *nisi ob fornicationem* » seulement d'un simple relâchement du lien conjugal sans le briser, d'une simple séparation de corps, en un mot ?

Ce fut là une question fort débattue entre les docteurs durant les premiers siècles de l'ère chrétienne. Parmi les Pères de l'Eglise, plusieurs, s'en tenant à la lettre même du texte mal compris par eux, allaient admettre la possibilité d'un véritable divorce en cas

(1) Saint Marc, X, 11-12 ; Saint Luc, XVI, 18.

d'adultère de la femme : il en fut ainsi de Tertullien, de Lactance, de Saint Epiphane, de Saint Grégoire de Naziance, et d'Astérius, évêque d'Amasie.

Tertullien, notamment, paraît avoir appliqué à la lettre le texte de saint Mathieu, permettant au mari de répudier sa femme adultère et de se remarier. C'est, du moins, ce qui semble ressortir d'un passage de son ouvrage « *Adversus Marcionem* » (1).

Quant à Saint Epiphane, il semble, en pareil cas, accorder le droit de se remarier aux deux époux (2), ce qui était plus en harmonie avec les principes de la morale chrétienne enseignant l'égalité des sexes ; seulement, c'était complètement sortir du texte.

Mais cette première doctrine ne groupa qu'une très petite minorité, et la majorité des docteurs proclama hautement que le principe de l'indissolubilité du

(1) Lib. IV. c. XXXIV : « Dico enim illum (Christum) conditionaliter nunc, fecisse divortii prohibitionem, si ideo quis dimittat uxorem et aliam ducat... Etiam, non contrarium Moysi docet, cujus praeceptum alicubi conservat, nondum dico, confirmat. Certe quid facit apud te maritus si uxor ejus commiserit adulterium ? Habebitne illum ? Scilicet nec tuum apostolum sinere conjugii prostituta membra Christi. Habet itaque et Christum assertorem justitiae divortii. Jam hinc confirmatur ab illo Moyses ex eodem titulo prohibens repudium quo et Christus, si inventum fuerit, in muliere negotium impudicum. Nam et in Evangelio Mathaei, qui dimiserit, inquit, uxorem suam praeter causam adulterii facit eam adulterari. Aequè adulter censetur et ille qui dimissam viro duxerit. Ceterum, praeter ex causa adulterii, non creator disjungit quod ipse, scilicet conjunxit. » Malgré ce texte, cependant, M. Cauvière ne croit pas que Tertullien ait admis le divorce. « Comment, dit-il, devenu Montaniste, Tertullien a-t-il pu en 207, admettre le second mariage après adultère, lui qui ne l'admettait pas après la mort même du conjoint ? »

(Cauvière. *Revue générale du droit*, années 1911, pages 455-456).

(2) *Adversus Haereses*, Livre IX, chap. IV.

mariage était absolu et ne pouvait souffrir aucune atteinte : c'est la thèse que soutint avec autorité Saint Augustin et qu'il réussit à faire définitivement triompher contre l'opinion adverse.

C'est dans son traité célèbre « De adulterinis conjugis » adressé à Pollentius que Saint Augustin développe longuement son plaidoyer en faveur de l'indissolubilité absolue et réfute l'opinion contraire soutenue par Pollentius. S'en prenant, d'abord, à ceux qui, s'en tenant à la lettre même de l'Evangile selon Saint Matthieu, soutenaient que le divorce était permis au mari pour adultère de sa femme mais non à la femme pour adultère de son mari, il leur reproche de violer le grand principe de l'égalité des sexes enseigné par le christianisme (1). « *Aliæ sunt leges Cæsaris, aliæ Christi, aliud Papinianus, aliud Paulus noster præcipit. Apud nos quod non licet fœminis, æque non licet viris* », dit, à ce propos Saint Jérôme (2). S'en prenant ensuite, à ceux qui, ayant prévu d'avance

(1) Saint Augustin. — « De adulterinis conjugis » I c. VIII. « Illud ergo quod Dominus, non quidem in sermone ipso qui exponebatur a nobis, sed tamen alibi ait, *quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ex causa fornicationis mæchatur* (Matth. XIX. 9), si hoc modo intelligendum est, ut quicumque causa fornicationis dimiserit et aliam duxerit, non mæchatur; non videtur in hac causa par forma esse mariti et uxoris: quandoquidem mulier etiamsi causa fornicationis discesserit a viro et alii nupserit, mæchatur: vir autem si eadem causa uxorem dimiserit, et aliam duxerit, non mæchatur. At si par forma est in utroque, utroque mæchatur, si se alteri junxerit, etiam cum se a fornicante disjunxerit. Parem vero esse formam in hac causa viri atque mulieris, ibi ostendi Apostolus (quod sæpe commemorandum est) ubi cum dixisset, *Uxor non habet potestatem corporis sui sed vir*; adjecit at que ait, *Similiter et vir non habet potestatem corporis sui, sed mulier.* »

(2) Epist. 77. Ad cœonum de morte Fabiolæ, c. 3.

cette critique, donnaient à la femme comme au mari le droit de divorcer et de se remarier, en cas d'adultère de son conjoint, Saint Augustin réfute les arguments invoqués par eux pour soutenir cette thèse qui ne trouvait plus, comme la précédente, un point d'appui dans le texte de Saint Mathieu. Les partisans de la doctrine de l'égalité des sexes dans le divorce invoquaient en faveur de leur opinion, un argument curieux autant que subtil : ils considéraient comme mort l'époux adultère et, grâce à cette fiction, l'époux innocent pouvait se remarier, que cet époux fut le mari ou la femme ; saint Paul, en effet, disaient-ils, permet à la femme de se remarier, après la mort de son mari : « *Mulier alligata est, quamdiu vir ejus vivit ; quod si mortuus fuerit vir ejus, liberata est ; cui vult nubat.* » (1) Saint Augustin n'a pas de mal à triompher de cet argument et à en démontrer le vide et l'absurdité. Comment un homme vivant peut-il être considéré comme mort ? Il est vraiment trop simple de dire que l'époux adultère sera réputé mort et d'invoquer, alors, les paroles de S^t Paul autorisant l'époux veuf à se remarier ; l'apôtre ne vise, en effet, que la mort véritable du conjoint et tant que celui-ci est vivant, il prohibe tout remariage. « *Secundum doctrinam sanam Mulier alligata*

(1) Saint Augustin. De adult. conj. lib. II, c. II. « *Id quod ait idem Apostolus, Mulier alligata est, quamdiu vir ejus vivit ; quod si mortuus fuerit vir ejus, liberata est ; cui vult nubat* (1. Cor. VII, 10, 11, 39) ; sic intelligendum existimas, ut si vir fuerit fornicatus, pro mortuo deputetur, et uxor pro mortua ; et ideo liceat cuilibet illorum, tanquam post mortem, ita post fornicationem conjugis alteri copulari. »

est, quandiu vir ejus vivit ; id est nondum e corpore abcessit. (1)

Enfin, contre l'une et l'autre de ces deux thèses, Saint Augustin invoque l'autorité des évangiles et des écrits des apôtres. Il fait remarquer que Saint Marc et Saint Luc rapportant également les paroles de Jésus-Christ aux Pharisiens, posent en termes absolus le principe de l'indissolubilité en ne le faisant suivre d'aucune réserve (2). Il invoque les termes absolus dans lesquels Saint Paul, à maintes reprises, dans ses Epîtres parle de l'indissolubilité du lien qui enchaîne les époux (3).

Pour Saint Augustin, il n'y a donc aucun doute, l'indissolubilité du mariage est un principe qui ne comporte aucune exception ; l'adultère lui-même n'est pas une cause de divorce : l'un des époux peut bien, pour cause d'adultère de son conjoint, se séparer de ce dernier, mais il ne peut rompre le lien qui l'attache à lui (4). Le « *nisi ob fornicationem* » du texte de Saint Mathieu

(1) Saint Augustin. De adult. conj. lib. II. C. III et IV,

(2) Saint Augustin. De adult. conj. lib. I. C. XI.

(3) Saint Augustin. De adult. conj. lib. II. C. IV. « *Si autem mortuus fuerit, — hoc est, de corpore exierit —, evacuata est a lege viri. Igitur vivente viro, vocabitur adultera, si fuerit cum alio viro. Si autem mortuus fuerit vir ejus, liberata est a lege, ut non sit adultera, si fuerit cum alio viro* (Rom. VII, 2 et 3). Haec verba Apostoli toties repetita, toties inculcata, vera sunt, viva sunt, sana sunt, plana sunt. Nullius viri posterioris mulier uxor esse incipit, nisi prioris esse desiverit. »

(4) Saint Augustin. De adult. conj. lib. II. c. V. « *Unde si vult dinettere adulteram, non ducat alteram, ne quod in illa culpat, ipse committat. Similiter et mulier si dimittit adulterum, non sibi copulet alterum : alligata est enim, quamdiu vir ejus vivit ; nec a lege viri nisi mortui liberatur, ut non sit adultera, si fuerit cum alio viro* ».

visé uniquement un renvoi par séparation de corps sans briser le lien.

Cette intervention énergique de Saint Augustin allait tarir pour l'avenir toute controverse. Après lui, la théorie de l'indissolubilité triomphe pleinement, au moins dans l'Eglise latine.

Comme nous venons de le voir, ce qui a donné naissance à la difficulté, c'est le texte de l'Evangile selon Saint Mathieu et l'exception qu'il semble admettre pour le cas de l'adultère de la femme avec les mots « *nisi ob fornicationem* ».

Pour nous, si nous avons à donner notre avis sur ce texte, nous inclinerions volontiers à penser que l'on se trompe là tout simplement en présence d'une glose insérée dans le texte primitif par un copiste. C'est là un fait qui s'est produit fréquemment : l'hypothèse n'a donc rien d'in vraisemblable. Ce qui est, du reste, propre à nous confirmer dans notre opinion, c'est que, comme l'avait fait observer Saint Augustin, les apôtres Saint Marc et Saint Luc rapportant le même passage que Saint Mathieu ne font aucune restriction du même genre : on ne trouve chez eux, rien d'analogue à ce « *nisi ob fornicationem* » qui a tant embarrassé les premiers docteurs de l'Eglise (1). Du reste,

(1) Voici le texte même des Evangiles de Saint Marc et Saint Luc sur ce point (edit. de la Vulgate).

Saint Marc. C. X. v. 11. « Et ait illis : quicumque dimiserit uxorem suam, et aliam duxerit, adulterium committit super eam. » V. 12. « Et si uxor dimiserit virum suum, alii nupserit, mæchatur. »

Saint Luc. C. XVI. v. 18. « Omnis qui dimittit uxorem, et alteram ducit, mæchatur ; et qui dimissam a viro ducit, mæchatur. »

même à supposer que le « nisi ob fornicationem » ne soit pas une glose, soit bien de Saint Mathieu, il n'y aurait pas à en tirer cette conclusion que l'homme, en cas d'adultère de sa femme, est autorisé à se remarier : tout ce que dit le texte, c'est que l'homme pourra renvoyer sa femme, dans ce cas, et rien de plus ; l'exception posée sous la forme « nisi ob fornicationem » tombe, non sur le second mariage, mais sur la séparation d'avec l'époux criminel (1).

Quoiqu'il en soit, il est certain que la théorie de l'indissolubilité est un principe fondamental du droit canonique, et si un cas a pu, dans les premiers siècles, faire doute pour quelques docteurs, assez peu nombreux du reste, il n'a pas tardé à être éclairci à la lumière des autres principes et des autres textes : le principe de l'indissolubilité du mariage ne tarda pas à régner d'une manière absolue.

(1) Voy. Cauvière. Revue générale de droit. Année 1895. page 208.

TITRE I

Pénétration progressive du principe de l'indissolubilité du mariage grâce aux efforts persévérants de l'Eglise. — Etude des Conciles et des Capitulaires. — Apparition de la séparation de corps.

Nous venons de dégager le principe de l'indissolubilité du mariage tel que l'a conçu la doctrine canonique. Nous allons voir maintenant, quelle a été l'évolution de ce principe, d'une part, dans la législation canonique représentée par les Conciles, et, d'autre part, dans la législation civile représentée par les Capitulaires.

Nous examinerons, ensuite, comment et à quelle époque la séparation de corps a fait son apparition.

CHAPITRE I

Etude des Conciles qui se sont occupés du principe de l'indissolubilité, jusqu'au IX^e siècle.

Après avoir exposé quelle était la doctrine de l'indissolubilité, dans son fondement et sa portée, après avoir vu comment elle avait pris naissance, il est bon d'examiner comment elle a été appliquée dans la législation ancienne des conciles.

Nous allons donc donner un aperçu de cette législation.

Le premier concile qui se soit occupé de notre matière est le concile d'Elvire de l'an 300 environ, qui sanctionne nettement le principe de l'indissolubilité. Il contient les pénitences à infliger aux femmes qui, au mépris de la loi divine, auront divorcé et se seront remariées, et distingue plusieurs hypothèses. Celles qui auront abandonné leur mari sans cause, seront privées de la communion, même au moment de la mort (1). Celle

(1) C. VIII. « Item feminae quæ nulla præcedente, causa, relinquerit viros suos et alijs se copulaverint, nec in finem accipiant, communionem. » (Héfélé. Histoire des Conciles, revue par Dom Leclercq. Tome I, 1^{re} partie, page 226).

qui aura divorcé d'avec son mari pour cause d'adultère, ne sera admise à la communion qu'après la mort de celui-ci, à moins qu'elle ne vienne à tomber gravement malade (1). Quant à la femme qui épousera sciemment un homme qui a répudié sans motif sa première épouse on ne pourra lui donner la communion qu'à son lit de mort (2).

Deux choses sont, ici, dignes de remarque, ainsi que le fait observer M. Esmein (3). D'abord, le Concile ne vise, pour les punir, que les femmes qui ont, en se remariant, porté atteinte au principe de l'indissolubilité ; il n'édicte pas de peine contre les hommes. D'autre part, le Concile distingue nettement le cas où le divorce a été demandé sans cause du cas où ce divorce a été demandé pour juste cause : la peine prononcée est beaucoup plus sévère dans le premier cas que dans le second, excommunication perpétuelle, dans un cas, excommunication seulement temporaire, dans l'autre.

Le Concile d'Arles de 314 pose également, d'une manière très nette, le principe de l'indissolubilité du mariage, en décidant que « celui dont l'épouse est

(1) C. IX. « Item femina fidelis, quæ adulterum maritum relinquerit fidelem et alterum ducit, prohibeatur ne ducat ; si duxerit non prius accipiat communionem nisi quem reliquit de saeculo exierit, nisi forte infirmitatis necessitas dare compulerit. » (Héfélé, t. I, 1^{re} partie, page 227).

(2) C. X. « Quod si fuerit fidelis quæ ducitur ab eo qui uxorem inculpatam reliquit, et cum scierit illum habere uxorem, quam sine causa reliquit, placuit in finem hujusmodi dari communionem. » (Héfélé, tome I, 1^{re} partie, p. 227).

(3) Esmein. Le mariage en droit canonique, t. II, page 56.

adultère ne doit pas se remarier du vivant de celle-ci. » (1). Ce sont donc ici, contrairement au Concile d'Elvire, les hommes qui sont visés et non plus les femmes ; il est vrai qu'aucune peine n'est prononcée contre ceux qui enfreindraient la défense qui leur est faite, au moins dans les canons dont l'authenticité est certaine. Il a été, en effet, ajouté dans un manuscrit de Lucques, six canons à la suite des 23 canons authentiques du Concile d'Arles ; or, le premier de ces six canons auquel on a donné le n° 24, décide que le mari qui se remarie du vivant de sa première femme, sera exclu de la communion catholique (2). Mais il est fort possible que nous trouvions là en présence d'une retouche postérieure.

Le Concile d'Angers de 453 édicte également une prohibition générale de se remarier du vivant de son conjoint, en décidant que « quiconque épouse une femme dont le mari vit encore doit être excommunié. » (3).

Le Concile de Vannes, des environs de 465 semble bien admettre, cependant, une exception pour le cas de

(1) C. X. « De his qui conjuges suas in adulterio deprehendunt, iidem sunt adolescentes fideles, et prohibentur nubere, placuit, ut in quantum possit concilium eis detur, ne viventibus uxoris suis, licet adultariis, alias accipiant. » (Héfélé, t. I, 1^{re} partie, p. 287).

(2) C. XXIV. « Placuit ut quantum potest inhibeatur viro ne dimissa uxore vivente liceat, ut aliam ducat super eam : quicumque autem fecerit, alienus erit a catholica fide. » (Mansi. Conciliorum amplissima collectio. T. II, col. 474. Héfélé. Tome I, 1^{re} partie, page 295).

(3) C. VI. « Hi quoque qui alienis uxoribus, superstitiibus ipsarum maritis, nomine conjugii abutuntur, a communione habeantur extranei. » (Mansi. T. VII. col. 901. Héfélé. Tome II. 2^e partie, page 885.)

l'adultère prouvé de la femme, ou du moins, il accepte de l'excommunication qu'il prononce contre ceux qui répudieront leur femme pour se remarier; le mari qui répudiera la sienne pour cause d'adultère prouvé. (1)

Le Concile d'Agde, de l'année 506, décide que les laïques qui, sans attendre la sentence des évêques, se séparent de leur femme convaincue d'adultère pour contracter, au mépris du droit, de nouvelles unions, seront exclus de la communion de l'Eglise, et de tout rapport avec les fidèles (2).

Ce texte semble décider, par argument « a contrario » que si le mari a pris le soin de faire prononcer la séparation par le juge d'Eglise, il pourra se remarier sans encourir l'excommunication.

Ces deux derniers conciles, tout en proclamant le principe de l'indissolubilité, se sont, sans doute, rendus compte de l'impossibilité qu'il y avait dans l'état actuel des mœurs et de la législation civile à sanctionner énergiquement tout manquement à ce principe : on com-

(1) C. II. « Eos quoque, qui relictis uxoribus suis, sicut in evangelio dicitur, excepta causa fornicationis, sine adulterii probatione alias duxerint, statuimus a communione similiter arcendos : ne per indulgentiam nostram praetermissa peccata alios ad licentiam erroris invitent. » Mansi, t. VII, col. 953). Hefélé, t. II, 2^e partie, p. 904).

(2) C. XXV. « Hi vero sacculares qui conjugale consortium culpa graviore dimitunt vel etiam dimiserunt, et nullas causas discidium probabiliter proponentes, propterea sua matrimonia dimitunt, ut aut illicita, aut aliena praesumant, si antequam apud episcopos comprovinciales discidium causas dixerint, et prius uxores, quam iudicio damnentur abjecerint, a communione ecclesiae, et sancto populi cœtu, pro eo quod fidem et conjugia, maculant, excludant. » (Mansi VIII, col. 329. Hefélé, tome II, 2^e partie, p. 991).

prend, dès lors, qu'ils se soient abstenus de lancer l'anathème contre ceux qui, dans les cas particulièrement graves, auraient usé du divorce. C'est ainsi, croyons-nous, qu'on peut expliquer les dispositions du concile de Vannes et celles du concile d'Agde.

Le premier concile que nous rencontrons sur la matière après celui d'Agde est le second concile d'Orléans de l'an 533. Il fait application du principe de l'indissolubilité en décidant qu'un mariage qui a été valablement contracté ne peut pas être dissous sur la demande de l'un des époux pour cause de maladie survenue à l'autre conjoint. En cas d'infraction, l'excommunication est prononcée contre le contrevenant (1).

Avec le VII^e siècle, nous rencontrons le principe de l'indissolubilité appliqué et sanctionné dans toute sa rigueur. Le canon XII du Concile de Nantes de l'an 658 proclame la doctrine intacte de l'Eglise sans vouloir se plier aux exigences de l'époque, ni faire de concessions d'aucune sorte, même tacites : il pose, en effet, la règle et frappe quiconque y contreviendra. « Lorsque l'un des conjoints se rend coupable d'adultère, « nous dit ce canon », l'autre peut se séparer de lui, mais non se remarier. La partie coupable sera condamnée à sept ans de pénitence. Si la partie innocente veut continuer à vivre avec la partie coupable, elles seront également

(1) C. XI. « Contracta matrimonia accedente infirmitate nulla voluntatis contrarietate solvantur. Quod si qui ex conjugibus fecerint, noverrint se a communione privandos. » (Mansi. T. VIII. Col 837).

tenues, l'une et l'autre, à faire pénitence pendant sept ans » (1).

Le Concile d'Hereford du 24 septembre 673 vise également la séparation de corps qui n'est permise que dans le cas d'adultère et sans qu'on puisse se remarier ; toutefois, aucune peine n'est prononcée contre celui qui se remarie dans cette hypothèse ; on lui donne seulement le conseil de ne pas le faire s'il veut agir en vrai chrétien (2).

Nous laissons de côté, en ce moment, les conciles de Soissons, de Verberie et de Compiègne : nous en parlerons quand nous nous occuperons, un peu plus loin, des capitulaires, car les canons de ces conciles ont reçu l'approbation du pouvoir temporel et ont été promulgués comme lois civilement obligatoires. Ce sont des « capitulaires ecclésiastiques », des capitulaires résultant de la collaboration des deux puissances, spirituelle et temporelle, cherchant à établir ensemble une réglementation de la question.

(1) C. XII. « Si cujus uxor adulterium perpetravit et hoc a viro deprehensum fuerit et publicatum, dimittat uxorem, si voluerit, propter fornicationem ; illa vero septem annis publice pœniteat. Vir vero ejus illa vivente nullatenus aliam accipiat. Quod si voluerit adulteram sibi reconciliare, licentiam habeat : ita tamen, ut pariter cum illa penitentiam agat, et exacta pœnitentia, post septem annos ad communionem, uterque accedat. Similis forma et in muliere servabitur, si eam vir ejus adulteravit. » (Mansi. T. XVIII, col. 169. Héfélé. Tome II, 1^{re} partie, page 298).

(2) C. X. « Pro conjugiiis, ut nulli liceat nisi legitimum habere coniugium. Nullus incestum faciat, nullus conjugem propriam, nisi ut sanctum evangelium docet, fornicationis causa, relinquat. Quod si quisquam propriam expulerit conjugem legitimo sibi matrimonio conjunctam, si Christianus esse recte voluerit, nulli alteri copuletur ; sed ita permaneant, aut propriae reconcilietur conjux. » (Mansi, t. IV, col. 130).

Le VIII^e siècle voit le principe de l'indissolubilité établi d'une manière inébranlable dans les conciles. Le concile de Frioul, de l'an 791, contient, dans son canon X, un véritable exposé de la question : il réfute l'opinion qui s'appuyant sur le texte de Saint Mathieu veut que le divorce soit permis pour l'adultère de la femme ; ce texte, dit-il, permet seulement au mari de renvoyer sa femme adultère, mais non de se remarier, et il invoque en ce sens, saint Jérôme (1).

A partir de cette époque, aucune hésitation, aucun embarras, aucune réticence ne se rencontre plus dans les conciles : ils proclament tous très haut que le mariage est indissoluble et que le mari dont la femme est adultère peut bien la renvoyer mais non se remarier (2).

Ainsi, on peut dire que, dès la fin du VIII^e siècle, le principe du mariage indissoluble est appliqué dans toute sa pureté par l'Eglise. Les conciles, désormais, ne présenteront plus cette obscurité que nous avons rencontrée quelquefois dans ceux de l'époque antérieure : ils ne feront tous, désormais, que répéter cette formule :

(1) Voici le début de ce Canon X. « Item placuit ut, resolutio fornicationis causa jugali vinculo, non liceat viro, quamdiu adultera vivit, aliam uxorem ducere, licet sit illa adultera ; sed nec adulterae, quae poenas gravissimas vel poenitentiae tormentum luere debet, alium accipere virum, nec vivente, nec mortuo, quem non erubuit de frandare, marito ». (Mansi. Tome XIII col. 849).

(2) Voir notamment le concile de Tribur de 893. c. XLVI, in fine. « Maritus vero quamdiu ipsa vivat, nullo modo alteram ducat. » (Mansi. Tome XVIII col. 154). Voir également le grand Synode réformateur de Paris, Liv. III, ch. II. « Et quod hi, qui causa fornicationis dimissis uxoribus suis alias ducunt, Domini sententia adulteri esse notentur. » (Mansi Tome XIV, page 596. Hefélé. Tome IV, 1^{re} partie p. 70).

« Le mari ne peut jamais se remarier du vivant de sa femme, même en cas d'adultère de celle-ci. »

C'était la consécration définitive du principe de l'indissolubilité du mariage posé par Jésus-Christ dans sa réponse aux Pharisiens, soutenu, ensuite, par les apôtres, puis par les pères de l'Eglise, et, enfin, reproduit et appliqué par les conciles antérieurs, comme nous l'avons vu.

A côté des conciles, il est intéressant de consulter, sur l'idée d'indissolubilité, les *libri pœnitentiales*, recueils de règles prescrivant les pénitences à imposer aux fidèles dans certains cas déterminés. Ce ne sont là, il est vrai, que des œuvres privées d'auteurs inconnus pour la plupart, qui offrent, par conséquent, moins d'intérêt et qui présentent moins d'autorité que les conciles, néanmoins, ils sont précieux à consulter car ils nous montrent, en quelque sorte, la pratique à côté de la théorie (1).

Or, si l'on consulte ces *libri pœnitentiales*, on s'aperçoit que si tous admettent le principe de l'indissolubi-

(1) Les « libri pœnitentiales », semblent être venus pour la plupart d'Irlande et d'Angleterre ; plusieurs ont même été publiés sous le nom de Théodore, archevêque de Cantorbéry, mort en 690, mais ils ne semblent pas avoir été écrits par lui, bien que son action sur la discipline ait pu exercer sur leur rédaction une certaine influence ; ils remonteraient seulement à la fin du VII^e ou au début du VIII^e siècle (Schmitz, *Die bussbücher und die bussdisciplin der Kirche*, p. 510 et suiv.). Ces pénitentiels qui avaient pénétré en France furent, d'ailleurs, condamnés par le Concile de Châlons de l'an 813 et par le Concile de Paris de l'an 829.

lité (1) tous également l'atténuent en admettant la possibilité d'un divorce pour certaines causes déterminées.

La première cause pour laquelle le divorce est admis par ces *libri pœnitentiales*, c'est l'adultère, mais il semble bien que l'on n'accorde le droit de divorcer et de se remarier qu'au mari ; la femme adultère devra entrer dans un couvent, auquel cas on lui laissera le quart de ses immeubles (2).

D'autre part, si la femme abandonne son mari, celui-ci pourra, du consentement de l'évêque, se remarier au bout de cinq ans (3).

Les *libri pœnitentiales* prévoient encore un autre cas où l'un des époux pourra se remarier du vivant de l'autre : c'est celui de la captivité de ce dernier. Ils décident que le mari qui ne peut ni racheter sa femme ni la délivrer peut se remarier. Mais si la première femme, ayant enfin réussi à recouvrer sa liberté, revient, pour-

(1) Liber pœnitentialis Theodori (édit. Friedrich Kunstmann. Die lateinischen Pœnitentialbücher der Angelsachsen, XIX § 6 « Qui dimiserit uxorem propriam, aliamque in conjugio duxerit, non tanem uxorem alterius, sed vacantem quempiam, vel virginem VII annos pœniteat ». § 12. « Si quis legitimam uxorem habens dimiserit illam, et aliam duxerit, VII annos pœniteat ! »

(2) Liber pœnitentialis Theodori (édit. Friedrich Kunstmann, op. cit.) XIX § 18. « Mulier si adulterata est et vir ejus non vult habitare cum ea, dimittere am potest, juxta sententiam Domini, et aliam ducere ; illa si vult in monasterium intrare, IIII tam partem suae hereditatis obtineat. »

(3) Canones Gregorii. (édit. Kunstmann op. cit.) n° 61. « Si mulier discesserit a viro suo, dispiciens eum et nolens ad eum revertere et reconciliare cum illo viro suo, post V annos cum sensu episcopi aliam accipere licebit ». Cf. Liber pœnitentialis Theodori (édit. Kunstmann, op. cit.) XIX, 23.

ra-t-elle faire rompre cette union ? Il faut, ici, distinguer si le mari a attendu ou non, le temps requis avant de se remarier, temps qui variait entre cinq et sept ans : si le mari a attendu le temps nécessaire, la femme ne peut faire rompre la seconde union contractée par celui-ci, mais on l'autorise, dans ce cas, à se remarier elle-même (1) ; si, au contraire, le mari s'est remarié sans attendre le délai requis, il devra reprendre sa première femme et renvoyer la seconde (2). La même solution est, du reste, donnée si c'est le mari qui tombe en captivité.

Il est donc incontestable que les *libri pœnitentiales* admettent le divorce pour causes déterminées, tout en posant en principe que le mariage est indissoluble.

Mais, est-il vrai que les *libri pœnitentiales* aient, comme on l'a soutenu, admis le divorce par consentement mutuel ?

Ce qui donnerait à le croire, ce sont certains passages qui, à première vue, semblent bien décider que le

(1) *Canones Gregorii* (édit. Kunstmann, op. cit.) n° 63. « Si cujus uxor ostis abstulerit, et non potest redimere eam, licet ei aliam accipere, melius est quam fornicari. Si postea rediit uxorem, non debet recipere eam, si aliam habet, sed ipsa accipiat alterum virum, si unum habuit. »

(2) *Liber pœnitentialis Theodori* (Édit. Kunstmann, op. cit.) XIX § 24 « Si cujus uxor in captivitatem per vim ducta fuerit, et redimi non poterit, post annos VII potest alteram accipere. Item si in captivitate ducta fuerit et sperans quod debet reverti, vir ejus V annos expectet. Similiter autem et mulier si viro talia contingerit. Si igitur vir interim aliam duxerit uxorem, et prior iterum mulier de captivitate reversa fuerit, eam accipiat, posterioremque dimittat. Similiter autem et illa, sicut superius diximus, si vero talia contingerint, faciat ».

consentement des parties peut opérer le divorce (1). Mais, M. Freisen (2) a très biendémontré, selon nous, que les passages ainsi visés, devaient s'entendre du cas où l'un des deux époux est devenu infirme ou désire embrasser la vie religieuse ; dans cette hypothèse, si les deux époux sont d'accord, le conjoint bien portant ou celui des deux qui n'embrasse pas la vie religieuse pourra se remarier. Un grand nombre de passages des *libri pœnitentiales* visent, en effet, cette hypothèse d'une manière très nette (3) ; il est, dès lors, probable que les passages qui semblent poser en principe que le divorce par consentement mutuel est toujours permis, tout au moins avec le consentement de l'évêque se réfè-

(1) *Canones Gregorii* (Edit. Kunstmann op. cit.) n° 56. « Legitimum conjugium non licet separare sine consensu amborum ». *Pœnitentiale Theodori* (Edit. Schmitz, op. cit.) II, XII, § 7. « Legitimum conjugium non licet separari sine consensu amborum ».

(2) Freisen. *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur*, page 790.

(3) *Canones Gregorii* (Kunstmann op. cit.) n° 74. « Mulier si fuit nupta cum uno viro et votum fecerit deo, et post mortem non viri ejus, non accipierit alium virum, et post tempus mortuos est vir et accipit alium, et post undecim annos conversa est vota sua quando vovebat cum viro alio, et nolebat vivere cum illo, et voluit implere vota sua, respondens, ut esset in potestate viri ejus, si impleret an non ; et licentia dedit et nubat cum illo viro suo, potest autem alter alio licentia dare accedere et servitium dei in monasterium et sibi nubere, si in primo connubium erant secundum Græcos tamen non est canonicum ». *Liber pœnitentialis Theodori* — (Edit. Kunstmann. op. cit.), XIX — 20. « Vir et mulier in matrimonio juncti, si ille voluerit dimittere eam et illa noluerit, vel illa voluerit dimittere eum et ille noluerit vel ille infirmatus, seu illa infirmata, tamen omnino, nisi cum consensu amborum, non separentur. » *Pœnitentiale Theodori* (Schnitz, op. cit.) II. XII § 12. « Vir et mulier in matrimonio juncti, si ille voluerit Deo servire et illa noluerit, vel ille infirmatus, seu illa infirmata, tamen omnino cum consensu separentur. »

rent simplement aux hypothèses que nous venons d'examiner. Du reste, si l'on comprend qu'après avoir posé le principe qu'en règle générale le mariage est indissoluble, les « *libri pœnitentiales* » aient admis, en pratique, quelques tempéraments, quelques exceptions à ce principe, en considération de l'état des mœurs et de la législation, on ne comprendrait pas, par contre, qu'ils aient admis le divorce par consentement mutuel après avoir laissé entendre que le mariage est indissoluble : il y aurait là une contradiction inadmissible ; le divorce par consentement mutuel est en effet la négation même de l'indissolubilité du lien matrimonial.

Ainsi, les « *libri pœnitentiales* » proclament bien que le mariage est indissoluble en infligeant des pénitences sévères à ceux qui se remarient du vivant de leur conjoint, mais ils admettent des tempéraments, en d'autres termes, ils tolèrent le divorce pour certaines hypothèses déterminées. C'était là peut-être, un essai de conciliation entre les lois de l'Eglise et les lois civiles. Quoiqu'il en soit, il ne faut pas perdre de vue que nous nous trouvons ainsi que nous l'avons dit plus haut, en présence de traités d'auteurs privés, souvent même inconnus, qui n'ont jamais obtenu l'approbation formelle de l'Eglise et que l'on ne saurait, par suite, comparer aux canons des conciles : c'est la législation des conciles qui seule peut nous montrer quelle était la véritable doctrine de l'Eglise en notre matière, et nous avons vu que cette doctrine, c'était l'indissolubilité absolue posée comme idéal et comme règle.

CHAPITRE II

Etude des Capitulaires des rois Francs sur le principe de l'indissolubilité du mariage

Nous venons de dire que les « libri pœnitentiales » constituaient un essai de transaction entre les lois de l'Eglise et les lois civiles ; dans les capitulaires ecclésiastiques des rois Francs, nous allons constater un essai de conciliation du même genre, mais, avec cette différence que, cette fois, nous sommes en présence de textes officiels et civilement obligatoires.

Le premier capitulaire que nous rencontrons sur la matière est un capitulaire de Pépin le Bref, fait en l'an 744 au concile de Soissons d'accord avec les évêques et les prêtres présents. Il pose le principe de l'indissolubilité, mais en formulant une exception pour le cas de l'adultère de la femme (1).

Nous rencontrons quelques années plus tard le capitulaire de Compiègne rédigé au synode tenu en cette

(1) C. IX. « Nee marito vivente suam mulierem alius accipiat, nec mulier vivente suo viro alium accipiat : quia maritus mulierem suam non debet dimittere, excepto causa fornicationis deprehensa ». (Baluze, Recueil des capitulaires des rois Francs, page 159).

ville en l'an 757. Ce capitulaire s'occupe spécialement et même uniquement de la question de la dissolution du lien conjugal, mais, nous ne retrouvons pas ici un texte général proclamant, comme dans le capitulaire de Soissons, le principe de l'indissolubilité : le capitulaire de Compiègne se borne à passer en revue toute une série d'hypothèses dans lesquelles le mariage peut être dissous (1).

Ces hypothèses sont intéressantes à étudier, car elles nous montrent dans quelle mesure l'Eglise avait réussi, à cette date, à faire entrer dans les mœurs et dans la législation civile le principe de l'indissolubilité.

Dans le chap. XIII, d'abord, il est dit que « si un homme a renvoyé sa femme et lui a donné l'autorisation de se consacrer à Dieu dans un monastère, ou lui a permis de prendre le voile en dehors du monastère, cet homme peut prendre une autre femme. Même décision pour la femme » (2). Ainsi chaque époux peut, du consentement de son conjoint, entrer en religion et l'époux qui reste dans le monde peut se remarier. Il y a là un cas de dissolution du lien conjugal identique à celui que

(1) Nous ne nous occuperons, ici, que des hypothèses qui constituent de véritables exceptions au principe de l'indissolubilité : nous laissons de côté toutes celles qui constituent seulement des cas de nullité (parenté, *error conditionis*, etc.) et qui sont également prévues par le capitulaire de Compiègne.

(2) « Si quis vir mulierem suam dimiserit, et dederit commeatum pro religionis causa infra monasterium Deo servire, aut foras monasterium dederit licentiam velare, sicut diximus, propter Deum, vir illius accipiat mulierem legitimam. Similiter et mulier faciat. Georgius consensit ». (Baluze, page 183).

nous avons rencontré dans les *libri pœnitentiales*.

Le chapitre XVI prévoit un autre cas de divorce. « Si un lépreux a une femme saine et qu'il lui permette de prendre un autre mari, elle peut se remarier si elle le veut. Même décision pour l'homme. » (1)

Il y a encore, ici, une cause de dissolution de mariage dont on retrouve le pendant dans les *libri pœnitentiales*.

Enfin, le chapitre VIII visant l'hypothèse de l'adultère de la femme avec son beau-frère, décide que le mari pourra se remarier après avoir renvoyé son épouse. Quant aux deux coupables ils sont condamnés à un célibat perpétuel (2).

Cependant, dans un autre cas, le capitulaire de Compiègne fait application du principe de l'indissolubilité : c'est celui où le mari est obligé de s'expatrier pour échapper à une vengeance privée, et abandonne sa femme ; ni le mari ni la femme ne pourront alors se remarier (3).

Le principe de l'indissolubilité se retrouve donc à la base de la législation civile sous Pépin-le-Bref, et si le

[1] « Si vir leprosus mulierem habeat sanam, si vult ei donare comneatum ut accipiat virum, ipsa femina, si vult, accipiat. Similiter et vir ». (Baluze, page 184).

[2] « Si quis homo habet mulierem legitimam, et frater ejus adulteravit cum ea, ille frater vel illa femina qui adulterium perpetraverunt, interim quò vivunt nunquam habeant conjugium. Ille cujus uxor fuit adultera, si vult, protestatem habet accipere aliam ». [Baluze, page 182].

[3] Cap. XVIII « Si qui propter faidam fugiunt in aliàm patriam, et dimittunt uxores suas, neq illi viri, nec illae feminae accipiant conjugium. Georgius consensit ». [Baluze, page 184].

divorce est permis, ce n'est, du moins, que pour certaines causes, limitativement déterminées et que l'on cherche à réduire.

Le capitulaire de Verberie fait au synode de Verberie, tenu probablement en l'an 758 (1), contient, lui aussi, un règlement détaillé de la question, en énumérant les cas de dissolution du lien conjugal.

Son chap. V prévoit l'hypothèse suivante qu'il tranche dans le sens de la dissolution de l'union conjugale. « Si une femme s'est entendue avec d'autres pour mettre à mort son mari, et que ce dernier, en se défendant, ait tué l'un des complices de la femme et que la preuve du complot soit rapportée, il pourra renvoyer sa femme et même, s'il le désire, en prendre une autre. Quant à la femme, après avoir fait pénitence, elle devra rester dans le célibat. » (2)

C'est ce texte qui, inséré dans le décret de Gratien (31 quest. 1, cap. 6), mais remanié et amputé des mots *et si voluerit, aliam accipiat*, pour le mettre d'accord avec la règle de l'indissolubilité absolue, allait, comme nous le verrons, servir de base aux canonistes postérieurs pour faire des sévices de l'un des époux sur l'autre une cause de séparation de corps, de « *divortium quoad torum* ».

[1] La date n'en est pas encore fixée d'une façon certaine. Voy. Freisen, op. cit., page 782.

[2] « Si qua mulier mortem viri sui cum aliis hominibus consiliavit, et ipse vir ipsius hominem se defendendo occiderit, et hoc probare potest, ille vir potest ipsam uxorem dimittere, et si voluerit, aliam accipiat. Ipsa autem insidiatrix pœnitentie subacta, absque spe conjugii maneat. » (Baluze, page 163).

Un autre cas de divorce est prévu par le chapitre IX. « Si quelqu'un contraint par une nécessité inévitable, s'est rendu dans un autre duché ou une autre province, ou s'il a suivi son seigneur pour obéir à la foi qu'il lui a juré ; et si son épouse, pouvant le suivre, refuse de l'accompagner, parce qu'elle préfère rester auprès de ses parents ou de ses biens, elle ne pourra se remarier tant que vit le mari qu'elle n'a pas voulu suivre. Quant à l'homme qui, contraint par la nécessité, change de résidence, s'il n'espère pas retourner, dans sa patrie, et qu'il ne puisse s'abstenir, il peut prendre une autre femme, après avoir fait pénitence » (1).

Ce ch. IX du capitulaire de Verberie est, du reste, en contradiction avec le ch. XVIII du capitulaire de Compiègne. Dans une hypothèse analogue : celle où le mari s'expatrie pour fuir la vengeance d'un particulier, ce dernier texte, nous l'avons vu, décide que tout nouveau mariage est interdit à la femme comme au mari ; le ch. IX du capitulaire de Verberie décide au contraire que l'homme qui s'expatrie pour une « nécessité inévitable » peut se remarier dans le cas où sa femme n'aurait pas voulu le suivre, cette dernière seule n'est pas autorisée à faire de même.

(1) « Si quis necessitate inevitabili cogente in alium ducatum seu provinciam fugerit, ant seniore suum, cui fidem mentiri non poterat, secutus fuerit ; et uxor ejus, cum valet et potest, amore parentum ant rerum suarum, eum sequi noluerit, ipsa omni tempore, quandiu vir ejus, quem secuta non fuit, vivit, semper innupta permaneat. Nam ille vir ejus, qui necessitate cogente in alium locum fugit, si nunquam in suam patriam se reversum sperat, si se abstinere non potest, aliam uxorem cum pœnitentia potest accipere ». (Baluze, page 164).

Ce sont deux textes contradictoires qui dénotent une législation bien instable, mais qui peuvent s'expliquer par ce fait que les Capitulaires que nous étudions constituent un essai de conciliation entre la législation canonique et la législation civile : les évêques, qui, dans notre hypothèse, avaient réussi à faire triompher le principe de l'indissolubilité au synode de Compiègne, se sont, sans doute, heurtés à une résistance plus forte au synode de Verberie, résistance dont ils n'ont pu triompher.

Le capitulaire de Verberie prévoit encore comme cause de dissolution du mariage, les adultères compliqués d'inceste, mais en envisageant beaucoup plus d'hypothèses que ne l'avait fait le capitulaire de Compiègne : il prévoit l'inceste du mari avec sa belle-fille, celui de la femme avec son beau-fils, celui du mari avec la sœur et même avec la « consobrina » de sa femme. La décision est la même que dans le décret de Compiègne : les époux coupables ne pourront pas se remarier, mais l'époux innocent le pourra. (1)

Reste à signaler le ch. XXI qui, contrairement à ce qu'avait déclaré le capitulaire de Compiègne (cap. XVI) décide que le mari qui permet à sa femme de prendre le voile ne pourra pas contracter un nouveau mariage.

Ici encore, il y a contradiction entre les deux capitulaires, avec cette différence qu'ici c'est le capitulaire de Verberie qui fait application du principe de l'indissolu-

[1] Cap. II, X, XI et XVIII, [Baluze, pages 161, 164 et 165].

bilité. Cette instabilité de législation s'explique, selon nous, par des raisons identiques à celles que nous avons données un peu plus haut.

Ces trois capitulaires de Soissons, de Compiègne et de Verberie forment à eux trois une réglementation presque complète de la matière des nullités et de la dissolution du mariage. Ce qui les caractérise, c'est le désir que manifeste le pouvoir civil de se rapprocher de la discipline de l'Eglise et d'atténuer les divergences existant, en notre matière, entre la législation canonique et la législation civile : nous nous trouvons là en présence d'un essai de transaction, et c'est ce qui explique les tâtonnements rencontrés et les exceptions à un principe que le pouvoir civil n'était pas encore en état d'appliquer rigoureusement. Ces exceptions elles-mêmes auxquelles les évêques donnent leur consentement (1), ne semblent, du reste, être admises qu'à regret : presque toujours l'autorisation donnée au conjoint de se remarier est suivie des mots « si vult » — « s'il le veut » ; on le laisse libre de rester fidèle à la doctrine de l'Eglise qui prohibe le remariage du vivant de l'autre époux et que le pouvoir civil reconnaît ainsi, implicitement, comme supérieure.

Telle est donc la situation sous Pépin le Bref.

Sous Charlemagne cette situation va changer : on ne

(1) A la fin de plusieurs chapitres de ces capitulaires nous trouvons, en effet, une mention comme celle-ci « Georgius consensit. » Il s'agit de l'évêque George d'Ostie légat du pape Etienne III à l'assemblée de Compiègne.

trouve plus de compromis, le principe de l'indissolubilité se dégage d'une manière très nette dans la législation civile où il devient absolu.

Le capitulaire d'Aix-la-Chapelle⁽¹⁾ est on ne peut plus concluant à cet égard. Dans son ch. 42, promulgant le canon 69 d'un Concile d'Afrique, le Concile de Milève de 416, dans lequel le principe de l'indissolubilité avait été très nettement dégage à l'instigation de St-Augustin qui y avait présidé, il dit ceci : « Le même Concile défend à la femme renvoyée par son mari d'accepter un autre époux, et à l'homme de prendre une autre femme du vivant de la première. » (1) Et, à la suite, se trouve rapporté le texte même du Canon 69 qui prononce une pénitence pour le cas où soit l'homme, soit la femme auraient contrevenu à la défense qui leur est faite de se remarier, après la séparation intervenue. « *Quod si contempserint, ad pœnitentiam redigantur.* »

Ainsi, le principe de l'indissolubilité absolue vers lequel tendait l'Eglise était, enfin, consacré par la législation civile grâce à ses efforts persévérants et, désormais ce principe n'allait plus faire que s'affermir (2).

(1) « Item in eodem ut nec uxor a viro dimissa aliam accipiat virum vivente suo viro, nec vir aliam accipiat vivente uxore priore. »

« Placuit ut secundum evangelicam et apostolicam disciplinam neque dimissus ab uxore, neque dimissa a marito, alteri jungatur; sed ita maneant, aut sibimet reconcilientur. Quod si contempserint, ad pœnitentiam redigantur. In qua causa legem imperialem petendam promulgari ». [Baluze, page 228].

(2) Voir le capitulaire de Worms, de l'an 829, rendu sous Louis le Débonnaire. Ch. III. « Quicumque propria uxore derelicta, aliam duxerit uxorem, armis depositis publicam agat pœnitentiam. Et si contumax fuerit, comprehendatur a comite, et ferro vinciatur, et in custodia mittatur, donec res ad nostram notitiam deducatur ». (Baluze page 670). Ce texte est à remarquer : il va, en effet, jusqu'à ordonner une punition corporelle, alors que, jusqu'ici, on n'avait fait usage que des peines spirituelles (pénitence, excommunication).

CHAPITRE III

Apparition de la séparation de corps

Nous venons de voir comment le principe de l'indissolubilité après avoir fait son apparition dans la doctrine chrétienne s'est construit peu à peu et a fini par conquérir, sous l'influence de l'Eglise, la société civile et sa législation. Le divorce avait donc fini par disparaître. Cependant, il n'était pas possible de forcer les époux à demeurer ensemble dans certains cas particulièrement graves qui rendaient la vie commune désormais impossible, par exemple en cas d'adultère ; aussi, l'Eglise avait-elle permis de tout temps, dans ce cas, aux époux de se séparer : c'est ainsi, nous l'avons vu, que si Saint Augustin n'autorisait pas l'époux, dont le conjoint s'était rendu coupable d'adultère à user du divorce, il lui permettait néanmoins de renvoyer ce dernier à condition de ne pas se remarier ; il interprétait en ce sens le « nisi ob fornicationem » du texte de Saint Mathieu. Mais, il ne suffisait pas de dire que les époux pourraient se séparer, que l'époux innocent pourrait renvoyer son conjoint adultère, il fallait organiser la séparation dans ses causes et dans ses effets.

A quelle époque apparut cette réglementation de la séparation de corps ? C'est ce qu'il n'est pas facile de déterminer d'une façon précise.

Sous l'empire romain, d'abord, l'Eglise n'avait pas eu besoin de créer une théorie de la séparation de corps ; les fidèles avaient, en effet, un moyen très simple de mettre fin à une union devenue intolérable tout en satisfaisant aux lois de l'Eglise qui prohibaient toute union nouvelle de l'un des époux pendant la vie de son conjoint, ils n'avaient qu'à user du « repudium » dans les cas autorisés par les constitutions impériales, mais sans user de la faculté de se remarier qui leur était conférée. Nous avons maints exemples qui nous montrent ainsi des hommes ou des femmes de cette époque répudiant leur conjoint, mais pour rester dans le célibat : le Pasteur d'Hermas, l'Apologie de Saint-Justin nous en fournissent plusieurs (1).

La nécessité d'une réglementation de la séparation de corps n'apparaissait donc pas encore pour l'Eglise qui, du reste, n'avait alors aucun pouvoir de juridiction temporelle, ce qui peut déjà expliquer son abstention.

En France, après les Invasions et jusqu'au XI^e siècle, nous ne voyons pas davantage se constituer une théorie juridique de la séparation de corps. La législation civile en matière de mariage va, cependant, tendre à se fondre dans la législation canonique : son objet principal, nous l'avons vu, va consister à faire passer

(1) Lefebvre. Le lien de mariage, pages 41 et 42.

les décisions de l'Eglise dans le domaine officiel ; l'Eglise, pendant cette période, légifère côte à côte avec le pouvoir civil. Malgré tout, nous ne voyons encore apparaître aucune réglementation de la séparation de corps : les conciles pas plus que les capitulaires ne nous fournissent de renseignement sur cette institution. On peut dire que, juridiquement, la séparation de corps n'est pas encore née au XI^e siècle.

Sans doute, nous l'avons vu, les conciles et les capitulaires, lorsqu'ils proclament l'indissolubilité du lien conjugal, donnent bien aux époux le droit de se séparer ; c'est ainsi, par exemple, que quand ils veulent interdire le divorce pour cause d'adultère, ils disent que le conjoint innocent a le droit de renvoyer l'autre sans avoir le droit de se remarier ; mais nulle part nous ne rencontrons une organisation juridique de cette séparation, on ne nous dit ni quels en seront les effets ni comment on l'obtiendra : on se borne, semble-t-il, à autoriser les époux à pratiquer une séparation de fait. Il est probable, cependant, que les époux ne se séparaient pas sans en avoir référé à l'évêque qui autorisait la séparation, mais nous savons rien de précis sur ce point.

Au VIII^e siècle, la loi des Wisigoths prévoit, il est vrai, un certain nombre de cas de séparation de corps, après avoir prohibé énergiquement tout divorce (1).

(1) Loi des Wisigoths, III-VI-2. « Si alienam conjugem violare res sine crimine non est, quanto magis illa contemnere quam sponte sua unusquisque possidendam sortitus est ? Quid ergo plerosque tam precipites habet vel rerum ambitio vel effrenata libido, ut quadam fraude conjugibus suis spretis, alias videantur uxores adpetere constitutionis hujus est perenniter forma servanda, ut nullus virorum, excepta manifesta fornicationis causa, uxorem suam aliquando relinquat et neque per testem neque per scripturam seu sub quocumque argumento facere divortium inter se et suam conjugem audeat. » (Zeumer. *Leges Wisigothorum*, p. 117).

Les cas de séparation de corps les plus clairement prévus sont : l'hypothèse d'un mari qui devient esclave et dont la femme « noluerit manere illum in conjugali secum consortio (1) » ; l'hypothèse d'un mari et d'une femme qui d'un commun accord, se vouent à Dieu (2). Mais, nous ne trouvons pas davantage dans cette loi une véritable réglementation de la séparation de corps, nous n'y rencontrons que quelques hypothèses plus ou moins claires dans lesquelles l'un des époux est autorisé à se séparer de son conjoint. C'était là, cependant un commencement : il y avait là, tout au moins un essai d'énumération des causes de séparation de corps ; mais il n'y a rien d'autre et l'institution elle-même n'est désignée par aucun nom spécial.

Ce n'est, croyons-nous, qu'au XII^e siècle que la notion de la séparation de corps va se dégager pleinement, que l'on va commencer à édifier l'institution juridique de la séparation de corps. C'était l'Eglise qui, désormais seule maîtresse du lien conjugal et des questions matrimoniales, allait organiser ce divorce d'un nouveau genre, ce divorce qui respectait le principe de l'indissolubilité du mariage, qui desserrait la chaîne unissant les

(1) *Ibid.* « Nam si in conjugio positio, uxorem videlicet et marito, maritum forte constiterit juste cuilibet servum addictum ; si noluerit mulier manere illum in conjugali secum consortio, tamdiu se noverit caste vite ferro manere constricta nec nubendi alteri viro concedi sibi licentia, donec ejus maritus, de quo dictum est, debitam extreme vite sortem exolvat ».

(2) *Ibid.* « Certe si conversionis ad Deum voluntas extiterit, communem adsensum viri scilicet et mulieris sacerdos evidenter agnoscit, ut nullam postmodum cuilibet eorum ad conjugalem alium copulam revertendi excusatio intercedat ».

époux sans la briser ; c'était le droit canon qui, sous le nom de *divortium quoad torum* allait créer l'institution de la séparation de corps.

Il semble, du reste, comme fait remarquer M. Esmein (1), que la notion du « *divortium quoad torum* » ne se dégagea pas, tout d'abord, avec la clarté qu'elle acquit plus tard. On ne distingua pas, dès le début, le « *divortium quoad viaculum* », c'est-à-dire les cas de dissolution, du *divortium quoad torum*, c'est-à-dire des cas de séparation de corps. « On commença par concevoir une seule espèce de *divortium* : toutes les fois que la séparation de fait était judiciairement prononcées entre les deux époux il y avait également *divortium*. Mais une seconde question se posait alors : chacun des époux, ou l'un d'eux, pouvait-il ou non contracter une nouvelle union ? Tantôt on l'admettait, tantôt on ne l'admettait pas ». Cette conception encore grossière devait disparaître assez vite : on finit par distinguer comme deux institutions distinctes le divorce qui prononce la dissolution du bien conjugal et celui qui dispense seulement les époux de l'obligation de vivre ensemble. Pierre Lombard fut l'un des premiers qui fit nettement cette distinction : il distingue la *separatio sacramentalis* de la *separatio corporalis*. « Les époux, « dit-il », peuvent être séparés de corps soit pour un certain temps, soit pour toute la vie, pour cause d'adultère, ou ils sont d'accord pour entrer tous

[1] Esmein, op. cit., t. II, page 73.

deux en religion. Mais ils ne peuvent être séparés quant au sacrement s'ils ont contracté un mariage valable. En effet le lien conjugal continue à les enchaîner, même si après avoir rompu toutes relations entre eux ils s'attachent à d'autres » (1).

Ainsi, avec Pierre Lombard, la théorie de la séparation de corps commence à se dégager d'une manière complète. Elle n'avait plus, désormais, qu'à se perfectionner : ce fut l'œuvre des canonistes postérieure. Sous le nom de *divortium quoad torum* ou de *divortium quoad torum et mutuam servitatem*, les canonistes allaient créer une institution qui, tout en respectant l'indissolubilité du lien conjugal, apportait un remède contre les mauvais ménages qui, hélas ! sont de tous temps et qu'il n'était pas au pouvoir de l'Eglise de faire disparaître.

C'est cette institution de la séparation de corps, du *divortium quoad torum*, création du droit canonique, qu'il nous faut, maintenant, étudier dans ses détails.

(1) Pierre Lombard-Sententiæ. Lib. IV. Dist. XXXI, n° 2. « *De duplici separatione.* — Separatio autem gemina est, corporalis, scilicet, et sacramentalis. Corporaliter possunt separari causa fornicationis, vel ex communi consensu causa religionis, sive ad tempus sive usque ad finem. Sacramentaliter vero separari non possunt dum vivunt, si legitimæ personæ sint. Manet enim vinculum conjugale inter eos, etiamsi aliis a se discedentes adhaeserint ».



TITRE II

La Séparation de Corps en droit canonique

La séparation de corps est bien comme nous l'avons dit, une création du droit canon. En effet, l'idée d'une séparation judiciaire est une idée que le droit romain classique n'aurait pas pu concevoir avec ses données sur le mariage : à Rome, le mariage n'apparaissait que comme un état de vie commune reposant sur une libre entente des époux qui consentaient à vivre en commun, aussi l'état de mariage cessait-il dès qu'un seul des époux ou tous les deux venaient à ne plus vouloir continuer la vie commune : les lois du Bas-Empire, sans doute, se sont efforcées de réprimer et de punir tout *repudium* capricieux, mais elles ne sont jamais parvenues à maintenir les époux dans l'état de mariage malgré eux.

Toute autre, au contraire, est devenue la notion du mariage canonique qui est passée plus tard dans notre mariage civil. Le mariage, pour l'Eglise, a toujours sup-

posé un lien qui se forme sinon en dehors du moins au dessus de la volonté des époux : c'est Dieu lui-même qui, dans la doctrine canonique, unit les époux : *Quod Deus conjunxit, homo non separet* ». Les époux sont donc enchaînés, non seulement de par leur propre volonté, mais, en outre, par une volonté supérieure à la leur qui seule a le pouvoir de les délier : le lien conjugal ne saurait être rompu par la volonté des époux, car ce n'est pas cette volonté seule qui a contribué à le créer ; c'est à l'autorité supérieure qu'il appartient, sur la demande des époux, de rompre ce lien ou seulement de le relâcher (1).

La séparation de corps était une conséquence logique de cette notion de lien conjugal ; étant donné que le mariage est indissoluble, il fallait trouver un moyen de faire cesser une vie commune devenue intolérable, sans cependant briser la chaîne unissant les époux, et ce moyen ce fut la séparation de corps, le *divortium quoad torum*.

Il nous faut donc rechercher pour quelles causes cette séparation de corps pouvait être prononcée, par quels juges elle devait l'être, et, enfin, quels étaient les effets qu'elle produisait, quelle en était la durée.

[1] M. Lefebvre à son cours.

CHAPITRE I

Les causes de « *divortium quoad torum* ». Evolution de la doctrine canonique en cette matière. Fins de non-recevoir contre la demande de « *divortium quoad torum* ».

Les canonistes mettent en tête des causes de *divortium quoad torum* le *mutuus conjugum consensus*, le consentement mutuel des époux. Cette séparation volontaire pouvait avoir lieu soit dans le cas où les deux époux ou l'un d'eux faisaient vœu de continence ou voulaient entrer en religion (1), soit dans le cas où le mari voulait se destiner à l'état ecclésiastique (2). Mais, il fallait, alors, qu'il y eût accord entre les deux parties. Dans ce

[1] Andrea Vallensis. *Paratitla juris canonici sive decretalium D. Gregorii Papae IX.* Liv. IV, tit. XIX. De divortiis, § 2, n° 1. « Et quidem primo fieri id potest mutuo consensu, ad perfectionem statum acquirendum : veluti si uterque voveat perpetuam castitatem, aut ad religionem transeat, *cap. 1 et 2 supr. De conv. conj.* »

[2] c. v. X. De conv. conjugat. III. 32. « Nullus conjugatorum est ad sacros promovendus, nisi ab uxore continentiam profitente fuerit absolutus, ut fiat deinceps de carnali copula spirituale conjugium ».

Comp. Beaumanoir. *Coutumes de Beauvoisis.* Ed. Salmon. Chap. XVIII. Tome I, p. 294. « Auceunes fois avient que dui gent qui sont en mariage se départent par leur volonté et par le gré de Sainte Eglise, sans vilaine cause, si comme quand ils ont volenté de vouer chastée ou d'entrer en religion. Mais ceste despartie ne se puet fere sans l'accord des deux parties car l'home ne peut fere sans l'acort de sa femme, ne la feme sans l'acort de son mari. »

cas, du reste, sauf dans celui d'entrée en religion, la séparation de corps n'était pas complète, elle ne produisait pas ses effets ordinaires : les époux continuaient à vivre ensemble, seulement les rapports conjugaux devaient cesser ; en d'autres termes, il y avait bien *divortium quoad torum*, mais non pas *divortium quoad torum et cohabitationem*. Bernard de Pavie distingue nettement ce cas de *divortium* qu'il appelle *divortium a coitu solo*, des autres cas de *divortium* qu'il désigne du nom de *divortium a coitu et cohabitatione* (1).

Nous ne nous occuperons pas davantage du *divortium quoad torum* volontaire que nous ne faisons que signaler et qu'on retrouve dès les premiers temps du christianisme. Le *divortium quoad torum* pour causes déterminées, origine de notre séparation de corps, va, désormais, retenir seul notre attention comme méritant une étude plus approfondie.

Quelles étaient donc les causes sur le fondement desquelles l'un des époux pouvait former une demande en *divortium quoad torum* devant le juge compétent ?

En dehors du cas de séparation volontaire dont nous venons de parler, le *divortium quoad torum* ne pouvait être, en effet, prononcé que pour certaines causes limitativement déterminées. C'était là, nous l'avons fait remar-

(1) Bernardus Papiensis. Summa decretalium, Lib. IV. Tit. 20 § 5. « Effectus vero divortii particularis est ut alter alteri debitum reddere non teneatur ; fit autem tale divortium a coitu solo, alias a coitu et cohabitatione : a solo coitu ut in uxore clerici fornicata, ut c. XXXIII, qu. 2 *Placuit* (c. 10) ; a coitu et cohabitatione ut pro idolatria uxoris vir ab ea separatur, et quoad coitum et quantum ad cohabitationem, ut c. XXVIII, qu. 1. *Non Solum* (c. 6) ».

quer, une différence notable avec le « *divortium* » du droit romain pour lequel il suffisait d'un « *mutuus dissensus* » différence qui s'explique par la notion nouvelle de lien conjugal que l'Eglise avait reçue de Jésus-Christ.

La doctrine canonique a, du reste, évolué sur la question de savoir quelles causes pouvaient servir de base à une demande en *divortium quod torum* et cette évolution fut même assez lente. On commença par n'admettre qu'une seule cause, à savoir : l'adultère de l'un des époux ; ou se fondait sur le texte de Saint Mathieu et sur son « *nisi ob fornicationem* » (1). Mais l'on ne devait pas longtemps en rester là et, tout en s'en tenant toujours seulement à la « *fornicatio* », on en élargit la notion : c'est ainsi qu'à côté de la « *fornicatio carnalis* » on créa la théorie de la « *fornicatio spiriuiualis* » ; déjà dans certains passages de Saint Augustin on trouve assimilé à la *fornicatio* le fait de pratiquer la religion païenne qu'il appelle la « *fornicatio mentis*. » (2) C'est en se fondant sur ces passages de Saint Augus-

(1) Saint Jérôme. — Ad Aceanum op. 7 n° 3. « Praecipit Dominus uxorem non dimitti debere excepta causa fornicationis, et si dimissa fuerit, manere innuptam (Matth. V). Quid viris praecipitur, hoc consequenter redundat in feminas. Neque enim adultera est et vir maechus tenendus. Item : Apud nos quod non licet feminis aequè non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur. » (Ives de Chartres, Panormia. Lib. VII, ch. III).

[2] « Si propter fornicationem carnis permittitur uxor a conjugè separari, quanto magis in conjugè mentis fornicatio est detestanda, id est infidelitas ? Infidelis hominis fornicatio est major in corde, nec vera ejus pudicitia dici potest cum conjugè, quia omne quod non est ex fide, peccatum est. » [Ives de Chartres-Panormia. Lib. VII. cap. XXVIII]. « Idolatria quam sequuntur infideles, et quaelibet noxia superstîtio, est fornicatio. » [Ives de Chartres-Panormia. Lib. VII, cap. XXIX].

tin et sur d'autres textes des Pères de l'Eglise que, quand la théorie du *divortium quoad torum* fut constituée, on admit que si l'un des époux chrétiens devenait soit païen, soit hérétique, l'autre pourrait demander la séparation à cause du danger qu'il courait pour son âme en restant avec son époux tombé dans l'erreur.

Cette idée de danger moral qui motivait la séparation dans le cas où l'autre époux tombait dans le paganisme ou l'hérésie, amena une généralisation de ce cas spécial et l'on en vint à admettre que toutes les fois qu'il y aurait danger moral quelconque pour la femme à continuer la vie commune avec son mari, ou réciproquement, le *divortium quoad torum* pourrait intervenir. On se fonda sur un texte de Saint Augustin reproduit dans le Décret de Gratien et dans la Panormie d'Ives de Chartres, texte qui vise l'hypothèse d'un époux qui cherche à entraîner au crime son conjoint (1).

On en arriva, enfin, à mettre les atteintes à la personne physique de l'un des époux sur la même ligne que

(1) Saint Augustin. De oper. et fid. cap. 16. « Uxor legitima societate conjuncta sine ulla culpa relinquitur, si cum viro christiano permanere noluerit. Non attenditur eo modo eam rectissime dimitti. Si viro suo dicat : Non ero uxor tua nisi mihi vel de latrocinio divitias conferas aut si solita lenocinia quibus nostram domum transigebas, etiam si christianus exerceas, aut si quid aliud aut facinorosum vel flagitiosum in viro noverat, quo delectata vel libidinem explebat, vel facilem victum habebat, vel etiam incedebat ornatio. Tunc enim ille cui haec uxor dixit, si veraciter egit poenitentiam ob operibus mortuis quando accessit ad baptismum, habetque in fundamento fidem quae per dilectionem operatur, procul dubio plus tenebitur amore divinae gratiae quam carnis luxuriae, et membrum quod eum scandalizat fortiter amputabit ». (Ives de Chartres. Panormia. Lib. VII, cap. XXXII. Grat. c. 4 C. XXVIII. Quest. I).

les atteintes à sa personne morale, à son salut : les sévices graves commis par l'un des époux sur l'autre furent considérés comme suffisants pour servir de base à une demande de *divortium quoad torum*. On se fonda sur un texte du Titre « De divoritiis » aux décrétales de Grégoire IX, le ch. I, texte qui n'est que la reproduction du ch. V du capitulaire de Verberie visant, comme nous l'avons vu, l'hypothèse de la femme qui a compltoé la mort de son mari, mais modifié pour le mettre d'accord avec le principe de l'indissolubilité absolue. Au lieu des mots « *Potest, ut nobis videtur, ipsam uxorem dimillere et si voluerit aliam ducere* », on trouve : « *Potest ipse, post mortem uxoris, si voluerit aliam ducere.* » En élargissant l'hypothèse prévue par ce texte on en arriva à décider que les simples sévices seraient une juste cause de *divortium quoad torum*, quitte à discuter quel devait être, en fait, comme nous le verrons, le degré de gravité des sévices.

Fornicatio carnalis, fornicatio spirituâlis, sévices graves, tels furent, dans la véritable doctrine canonique arrivée à son plein développement, les causes primordiales auxquelles peuvent se ramener tous les cas particuliers de *divortium quoad torum*.

Ce sont ces causes que nous allons examiner d'un peu plus près.

1° LA « FORNICATIO CARNALIS »

La cause de *divortium* qui apparut la première et

qui garda toujours par la suite une place prépondérante, c'est l'adultère.

Elle apparut, nous l'avons vu, longtemps avant que la théorie du *divortium quoad torum* se fût, enfin, dégagée, puisque Saint Augustin entendait déjà le « *nisi ob fornicationem* » de Saint Mathieu d'une simple séparation de corps.

Dans les législations germaniques, du reste, l'adultère était déjà une cause de « *repudium* », chez les Hébreux également. Mais, chez tous les peuples le « *repudium* » apparaissait surtout comme permis au mari, mais non à la femme, de sorte que l'adultère du mari n'était pas traité comme celui de la femme. Le christianisme allait, ici, réformer les mœurs : partant de l'idée de l'égalité des sexes, il allait sanctionner l'adultère du mari de la même manière que celui de la femme ; le divorce converti en séparation de corps allait être permis à la femme pour adultère de son mari aussi bien qu'au mari pour adultère de sa femme. C'est l'idée que Saint Jérôme exprimait déjà dans ces fortes et belles paroles : « *Apud nos quod non licet feminis, æque non licet viris et eadem servitus pari conditione censetur* (1) ». Quant à Saint Augustin il allait encore plus loin en décidant que l'adultère du mari est plus grave que celui de la femme, car c'est au mari, dit-il, de donner le bon exemple à sa femme (2).

(1) Saint Jérôme. *Ad Oceanum*. Ep. 73 n° 3.

(2) « *Indignantur mariti, si audiunt adulteros viros pendere similes adulteris feminis penas cum tanto gravius eos puniri oportuerit, quanto magis ad eos pertinet et virtute vincere, et exemplo regere feminas.* » (Ives de Chartres. *Panormia*. Lib. VII. cap XXXVI).

Tous les canonistes postérieurs allaient consacrer ces idées et déclarer que la femme peut demander le *divortium quoad torum* pour les mêmes motifs que son mari (1). En ce qui concerne la demande en *divortium quoad torum*, l'adultère du mari a toujours été mis sur la même ligne que celui de la femme (2).

Ainsi, l'adultère était toujours une cause de « *divortium quoad torum* ».

A l'adultère, les canonistes assimilent tout acte contre nature de la part du mari (3) ou de la part de la femme (4), qu'ils aient été commis par l'un des époux sur l'autre ou par l'un des époux avec une personne étrangère.

Mais là s'arrête l'extension de l'idée d'adultère ; on

(1) Hostiensis. Summa aurea. Lib. IV, Tit. XIX. De divortiis, n° 5. « Sicut autem maritus potest accusare uxorem, sic et uxor maritum : quia quantum ad hoc non inparia judicantur. » — Goffredus de Trano — Summa in titulis decretalium. Liv. IV. Tit. XIX. De divortiis. « Ob fornicationem corporalem licite dimittitur uxor vel vir — ut 32, q. 1 — *Dixit dominus*, et q. 7, *Licite*. »

(2) En ce qui concerne la poursuite pour adultère au criminel, cependant, certains auteurs décidaient que le mari pouvait seul l'intenter ; mais c'était là, comme le fait justement remarquer M. Esmein, (Tome II, page 5), une solution qui n'était qu'un souvenir attardé du droit romain et qui ne cadrait plus avec la législation canonique. Voy. Panormitanus (sur c. 10 X. De donation, int. vir. IV. 20, n° 13). « Item maritus accusat uxorem de adulterio criminaliter et, non e contra. »

(3) Voy. la glose sur c. VII. C. XXXII qu. 7, v° *Sodomila*. « Videtur ergo quod maritus posset dimitti propter opus sodomiticum, ut j. e. adulterii ubi dicitur, quod illud crimen sit majus adulterio. Item quid dices si propriam uxorem polluit extra claustra pudoris, vel seipsum polluit propriis manibus nunquid ob hoc potest dimitti? Videtur quod sic : quia omnis mœchiae omnis illicitus membrorum usus continetur. »

(4) Sanchez. Disputationes de sancto matrimonii sacramento, Lib. X. Disp. IV, n° 5. « Imo idem dicendum est de sodomia inter duas feminas commissa. Quam esse veram sodomiam testatur. *D. Th.* 2. 2. q. 15. art. II. »

n'assimilait pas, d'ordinaire, à ce dernier, certains actes d'un caractère moins grave, tel qu'un baiser donné, etc. (oscula, tactus...) (1).

De même, il fallait que l'adultère eût été consommé; la tentative à elle seule n'était pas suffisante pour motiver une demande en *divortium quoad torum* : la *voluntas fornicandi* n'était pas assimilée à la *fornicatio* (2). Cependant il n'était pas nécessaire que l'adultère fût matériellement prouvé, il suffisait qu'il y eût des indices assez graves pour qu'aucun doute ne fût permis. C'était au juge, lors de l'enquête, à décider si les faits rapportés par les témoins étaient suffisants pour former une preuve ou tout au moins des présomptions assez graves capables de déterminer la séparation (3).

Mais la demande en *divortium quoad torum* pour adultère pouvait être paralysée par un certain nombre

(1) Voy. Sanchez, op. cit. Lib. X. Disp. IV, n° 11 et 12.

(2) Voy. la glose sur c. XXXII, qu. 7, V° *Sodomita*, in fine. « Sed quid dices de voluntate fornicandi, cum et ipsa sit fornicatio? Nam corpore aliqua est corrupta antequam veniat ad suum corruptorem? Non dico quod ob hanc causam posset dimitti, quia de occultis non judicat ecclesia ». Comp. Sanchez. Lib. X. Disp. IV, n° 1.

(3) Hostiensis, IV, XIX. De divortis, n° 11. « Si negaverit (mulier) recipiuntur testes, quos iudex diligenter examinabit, quaerendo a quolibet teste, ubi vidit, et quo tempore: si vidit nudum cum nuda in eodem lecto jacentes: si sese agitantes, si opus illud exercentes si uterque erant aptae ad illud opus exercendum: si vidit communicantes, et si qua secretiora putaverit inquirenda: si pluries hoc contingit, si fama loci hoc habeat, si strepitum auditit tenui pariete distans, cum ipsos vidisset intrare: si solus erat, et tunc non probatur: si aliquis erat cum eo, et tunc probatur dummodo et ille alius in hoc ipso juratus concordet. Inquiret etiam, si per tenebrosa et obscura loca et suspecta viderit personas, de quibus agitur simul conversari, et vagari solum cum sola; et de fama loci; hæc enim adminicula sunt, quamvis non faciant probationem plenam; hæc omnia comprobantur § de præsump. »

d'exceptions que l'on retrouve en nombre à peu près égal chez tous les canonistes.

Voici, d'après Goffredus, quelles étaient ces exceptions ; ce canoniste en compte sept :

1^o L'époux contre lequel une demande en *divortium quoad torum* pour cause d'adultère était intentée pouvait repousser cette demande en se fondant sur ce fait que son conjoint s'était lui-même rendu coupable d'adultère. Goffredus explique cette solution en disant que les crimes semblables se compensent, « *mutua crimina pari compensatione delentur.* » Hostiensis ajoute que le mari ne peut pas exiger de sa femme une chasteté qu'il n'observe pas lui-même. (1).

2^o Lorsque le mari avait prostitué sa femme, il ne pouvait pas, non plus, demander la séparation pour cause d'adultère. Cela se conçoit aisément.

3^o Si la femme croyant son mari mort avait entretenu des relations avec un autre, il n'y avait pas, en droit, adultère, car la femme avait été de bonne foi et n'avait pas cru commettre un adultère. Le mari ne pouvait donc pas réclamer pour ce fait le *divortium quoad torum* ou s'il le faisait sa demande pouvait être paralysée par une exception.

4^o La solution était la même, à plus forte raison, si quelqu'un s'étant fait passer pour le mari avait abusé de la femme, celle-ci étant de bonne foi. Sur ce dernier

(1) Hostiensis. IV, XIX. De Divortiis, n^o 7. « Non debet (maritus) ab ea exigere castitatem quam ipse non servat ».

point, la femme était, du reste, crue sur son serment, si son honnêteté n'était pas douteuse. (1)

5° De même, si la femme avait été violentée, « *si mulier fuerit vi oppressa* », dit Goffredus, la demande du mari était irrecevable : on ne pouvait pas dire, dans ce cas, qu'il y avait eu véritablement adultère, l'adultère n'était ici que purement apparent. Mais, il fallait qu'il s'agisse d'une « *vis absoluta* » et non pas seulement d'une « *vis conditionalis* » : en d'autres termes, il ne fallait pas que la femme eût consenti, même sous l'empire de menaces, il fallait que la femme eût subi une violence matérielle et non pas seulement une violence morale. Autrement, comme le fait judicieusement remarquer Ferraris (2), la femme aurait toujours allégué comme excuse qu'elle n'avait agi que sous l'empire de menaces.

6° Lorsqu'il y avait eu réconciliation entre les époux, ou lorsque le mari consentait à rester avec sa femme bien qu'il fut de notoriété publique que celle-ci avait commis un adultère, l'action n'était plus recevable. Goffredus parle seulement du mari pardonnant à sa femme, mais la solution était la même pour l'hypothèse inverse. La question de la réconciliation des époux, notamment en cas d'adultère, a, du reste, donné lieu à d'assez nombreuses difficultés que nous examinerons plus loin quand

(1) Hostiensis. IV, XIX n°8. « Super quo crederetur sacramento suo, habito respectu ad honestatem, et alias probabiles conjecturas »

(2) Prompta bibiotheca juridica. V° Divortium, n° 58.

nous nous occuperons des « causes qui mettaient fin au *divortium quoad torum*. »

7^o Enfin, Goffredus cite comme dernière exception qui pouvait paralyser la demande de *divortium quoad torum*, celle qui résulte de la fin du chapitre. « *Gaudemus* » du Titre « *De divortiis* » aux Décrétales (c. VIII, De divortiis, IV-XIX) (1). Voici quelle est l'hypothèse prévue : on suppose que deux infidèles aient divorcé, usant en cela de la faculté que leur donnait leur loi, ou, plus exactement, que le mari ait répudié sa femme et que celle-ci se soit remariée ; si les deux anciens conjoints viennent, par la suite, à se convertir au christianisme, et que la femme veuille revenir avec son premier mari, celui-ci ne pourra pas refuser de la recevoir et tenter contre elle une demande en séparation de corps en se fondant sur ce fait qu'elle s'est remariée, lui étant vivant (ce qui, en effet, d'après la doctrine de l'Évangile, constitue un adultère). La femme jouit, dans ce cas d'une exception grâce à laquelle elle pourra paralyser l'action du mari (2).

(1) « Quamvis quoque secundum evangelicam veritatem qui duxerit dimissam mæchatur, non tamen dimissor poterit obijcere fornicationem dimissæ pro eo, quod nupsit alii post repudium, nisi alias fuerit fornicata. »

(2) Goffredus. IV, XIX. De divortiis n^o 4. « Ob fornicationem corporalem licite dimittitur uxor vel vir ut 32. q. 1, *Dixit dominus* et q. 7 *Licite*. Hoc tamen fallit in 7 casibus. Primus est si et is qui agit de fornicatione convicitur, tunc enim mutua crimina compensatione delentur. Secundus si vir uxorem prostituat. Tertius si mulier credens maritum mortuum nubat alteri, quam maritus rediens tenetur recipere sine fornicatione exceptione. Quartus si quis fallo simulans se maritum esse, lectum illius intravit et cognovit uxorem. Quintus si mulier fuerit vi oppressa - ut q. 32 5. *Proposito*, quod intelligo in vi absoluta non in conditionali ; omnes enim causationes amputavit. Sextus quando maritus reconcillat sibi uxorem adulteram ; vel eam publice adulterantem retinet nihilominus in consortio maritali. Septimus, licet rato occurrat est ille quem ponit finis decret. infra eodem *Gaudemus*. »

Telles étaient, d'après Goffredus, les fins de non recevoir qui pouvaient paralyser l'action en *divortium quoad torum* intentée par l'un des époux contre l'autre pour cause d'adultère, et tous les canonistes ne font que reproduire la même liste dans des termes à peu près identiques (1).

Certains se demandaient, en outre, si la *fornicatio spiritualis* pouvait être opposée comme fin de non-recevoir par l'époux contre lequel une demande en *divortium quoad torum* était intentée pour cause d'adultère. En d'autres termes, on se demandait si la *fornicatio spiritualis* de l'époux demandeur ne devait pas se compenser avec la *fornicatio carnalis* de l'époux défendeur. Goffredus se prononce très nettement en faveur de l'affirmative, car, dit-il, ces deux sortes de fornication ont toujours été assimilées l'une à l'autre et permettent toutes deux le *divortium quoad torum*, elles doivent à plus forte raison, servir à réconcilier les époux, car il est naturel que l'on soit plus enclin à s'unir qu'à se séparer (2). Hostiensis semble, au contraire, admettre la négative pour la raison que les délits ne peuvent, d'après

(1) Bernardus Papiensis, IV, XX. De divortiis, n° 4. Hostiensis, IV, XIX. De divortiis, n° 7 et 8. Vallensis, IV, XIX. De divortiis, § II, n° 2.

(2) Goffredus, IV, XIX. De divortiis, n° 14. « Sed pone quod unus conjugum fornicatur carnaliter, alter spiritualiter et ante sententiam, numquid fiet compensatio carnalis et spiritualis fornicationis? Videtur quod sic, nam istae fornicationes et similes sunt et idem operantur quo ad divortium et multo fortius debent quo ad reconciliandum, quia priores debeus esse ad conjugendum quam ad separandum ».

le Digeste, se compenser qu'à condition d'être de même nature ; or, ce n'est pas le cas, ici (1).

Tels étaient donc les cas de « *fornicatio carnalis* » qui pouvaient servir de base à une demande en *divortium quoad torum* ainsi que les fins de non-recevoir qui pouvaient paralyser cette dernière.

2^o LA FORNICATIO SPIRITUALIS

La seconde cause de *divortium quoad torum* était la « *fornicatio spiritualis* », c'est-à-dire l'apostasie ou l'hérésie de l'un des époux (2). Si l'un des deux époux devenait hérétique ou apostat, l'autre époux pouvait demander la séparation, car il y avait danger pour son âme : il était à craindre que le conjoint tombé dans l'erreur ne cherchât à y entraîner l'autre.

Mais, comme nous l'avons dit plus haut on n'en resta pas là ; on arriva à décider que toutes les fois que l'un des époux pousserait son conjoint au mal, quel qu'il soit, ce dernier pourrait réclamer la séparation. Bernard de Pavie met sur la même ligne le fait par un époux d'entraîner son conjoint à l'idolâtrie et le fait de le pous-

(1) Hostiensis, IV, XIX. De divortiis, n° 10. « Quid si unus conjugum fornicatur carnaliter, alter spiritualiter ; nunquid fiet compensatio carnalis et spiritualis fornicationis hinc et inde ? Non videtur ; nam hae fornicationes diversarum sunt specierum : unde non compensantur, sicut nec de specie ad quantitatem sit compensatio. Dig. De comp. Si convenerit. »

(2) Vallensis, IV, XIX. De divortiis § II n° 1. « Secundo, fit haec separatio, si alter conjugum spiritualiter fornicatus fuerit, nempe si labatur in hæresim, vel in gentilismum decedat » Voy. c. VI et VII, X. De divortiis, IV, XIX.

ser au vol, et il décide qu'il y a dans un cas comme dans l'autre une cause de *divortium quoad torum* (1). Il se fonde sur un texte du décret de Gratien déjà cité (c. XXVIII qu. 1. C IV) et sur le chap. *quaesivit* du Titre *De divorliis* aux Décrétales (c. II, IV, XIX) qui décide que la femme ne pourra pas demander d'être séparée de son mari « *pro furto vel alio crimine viri sui* », à cause d'un vol ou d'un autre délit que celui-ci aurait commis, à moins qu'elle n'ait été entraînée par lui à participer à ses actes coupables ou qu'il y ait danger pour sa foi (2). Panormitanus, cependant, deux siècles plus tard, semble indécis sur la question de savoir si cette extension de la *fornicatio spiritalis* devait toujours être admise : après s'être prononcé pour la négative, il se rétracte en disant que si la femme ne peut résister à la mauvaise influence

(1) Bernardus Papiensis. IV, XX. De divortiis. § 4 : « Causae vero divortii particularis aliae ad tempus, aliae perpetuo separationem inducunt ; perpetuo ut adulterium, haeresis ; item si maritus ad idolatriam seu latrocinium uxorem compellat, uxor ab eo divortium quaerere potest, similiter et e contra, ut c. XXVIII, qu. 1 *Uxor*, c. 4 et infra eod. *Quaesivit* (c. II. Gr. c. 2 ibid.), quod tamen divortium eatenus credo servandum, quatenus ille in scelere perseverat ».

(2) « Quaesivit a nobis tua fraternitas, utrum mulier pro latricinio aut quolibet alio crimine a viro suo debeat separari, et alii nubere, et de viro simili modo quaestionem proposuisti, utrum pro quolibet flagitio possit a conjugē dividi, et aliam sibi legitime matrimonio copulare. Nos itaque taliter respondemus, quod mulier pro furto vel alio crimine viri sui, nisi ipse ream ad maleficia sua trahere nitatur, et fidei suae religionem corrumpere velit, ab eo separari non debet, nec alii aliqua ratione copulari. Verum si conjugem suum ad infidelitatis maleficium traxerit, mulier a viro recedere poterit et separari. ita, quod ei nubere alii non licebit, quia, licet separentur, semper tamen conjuges erunt. In viris quoque praesentis sententiae forma servetur. »

de son mari, elle pourra demander la séparation (1).

Quoi qu'il en soit, c'était là une extension de la notion de la *fornicatio spiritualis* qui était logique : il est certain qu'il était naturel de séparer l'époux de son conjoint lorsque celui-ci voulait le pousser à commettre un délit car le « *periculum animæ* » sur lequel on basait l'idée du *divortium quoad torum* pour hérésie ou apostasie du mari n'était pas moins à redouter ici.

Gonzalez Tellez qui se prononce nettement pour l'extension de la notion de la *fornicatio spiritualis* à l'hypothèse où le mari criminel cherche à faire de sa femme la complice de ses crimes, signale cependant une différence entre cette hypothèse et celle de l'hérésie ou de l'apostasie de l'un des conjoints. Dans l'hypothèse du mari criminel, la femme ne pourra réclamer le *divortium quoad torum* que si elle prouve qu'il a cherché à l'entraîner au mal à l'aide d'« actes positifs », « *actum positivum* » ; dans le cas de l'hérésie ou de l'apostasie au contraire, la femme pourra obtenir la séparation bien que ne pouvant pas prouver que son mari ait voulu

[1] Panormitanus, sur c. II X. De divortius, IV, XIX. n° 2. « Nota hic regulam quod quaecumque delictum committat alter conjugum, non potest reliquus ob hoc petere separationem conjugii etiam quoad torum, fallit in delicto fornicationis, sive sit fornicatio carnalis, sive sit fornicatio spiritualis. » Mais, voici ce qu'il ajoute quelques lignes plus bas : « Secundo quaero quod si maritus conatur uxorem ducere ad aliud delictum praeter haerisim numquid uxor potest ob hoc petere separationem ? Innocentius sentit quod sic, et satis potest dici quod si non potest compesci ab ista insolentia poterit fieri separatio, nam praesumptio est cujusdam infidelitatis, si persistit conjux in trahendo conjugem ad delictum, nec ab pravitae compesci potest ».

l'entraîner dans l'erreur à l'aide d'actes positifs : il existe, ici, une présomption en sa faveur (1).

De l'hypothèse de l'hérésie ou de l'apostasie de l'un des conjoints, il est intéressant de rapprocher l'hypothèse où de deux conjoints infidèles, l'un venait à se convertir. C'est le cas fameux du « *privilegium Paulinum* » ou « *casus apostoli* » dont nous ne pouvons nous dispenser de dire quelques mots bien qu'il ne rentre pas dans la théorie du *divortium quoad torum*.

Qu'allait devenir, dans ce cas, le mariage ? Les conjoints allaient-ils être forcés de continuer la vie commune ? Fallait-il autoriser le nouveau converti à quitter son conjoint infidèle à cause du danger que court sa foi ?

St-Paul, dans un passage célèbre qui est devenu la base de la théorie canonique sur ce point, passage extrait de son Epître aux Corinthiens, avait résolu la question de la manière suivante : il ne faut pas, dit-il, que le converti répudie l'époux resté infidèle, mais si ce dernier prend les devants et répudie son conjoint, celui-ci recouvre alors sa liberté, et peut se remarier s'il le veut (2).

(1) Gonzalez Tellez, sur C. II, X. De divortijs, IV, XIX, vº *Traxerit* « Et ita sensus hujus textus est quod nullo crimine unius conjugis potuit fieri separatio matrimonii, nisi conjux per actum positivum alium inducat ad illa crimina perpetranda ; propter crimen tamen haeresis potest fieri separatio, quamvis positive alterum haeresim non inducat, quia praesumptive attentata natura talis criminis, cum inducit et trahit ad illud crimen. »

(2) Saint-Paul. Ad Corinthios, I, VII, nº 12 à 15.

« 12. Nam ceteris ego dico, non Dominus : Si quis frater uxorem habet infidelem et haec consensit habitare cum illo, non dimittat illam. »

« 13. Et si mulier fidelis habet virum infidelem et hic consensit habitare cum illa, non dimittat virum. »

« 15. Quod si infidelis discedit, discedat ; non enim servituti subjectus est frater aut soror in hujusmodi, in pace autem vocavit nos Dominus. »

C'est sur ce texte que les canonistes allaient se fonder plus tard, pour admettre que l'époux qui aurait été abandonné par son conjoint infidèle verrait son mariage annulé et pourrait se remarier. Mais, il fallait justifier cette solution qui semble en contradiction avec le principe de l'indissolubilité absolue du lien conjugal : l'Eglise, en effet, admettait que le mariage des infidèles était une union légitime, « *verum et legitimum conjugium* », union qui restait valable même après la conversion de l'un des conjoints ; elle avait toujours repoussé une doctrine qui s'était fait jour dans les premiers temps du christianisme et d'après laquelle le mariage des infidèles n'aurait eu aucune valeur. Comment expliquer, alors, si l'on se trouvait en présence d'un mariage valable, qu'il pût être dissous ? Les canonistes expliquèrent ce fait en disant que si le mariage des infidèles était bien un « *conjugium verum et legitimum* », ce n'était pas un « *conjugium ratum* », c'était un « *conjugium verum et legitimum, sed non ratum* » ; en d'autres termes ce n'était pas un sacrement (1). C'est pourquoi un tel mariage pouvait, à titre exceptionnel, en vertu d'un privilège particulier (d'où le nom de « *privilegium Paulinum* »), être dissous. Les canonistes ont, en effet, toujours admis que le mariage des infidèles n'était pas un

(1) Pierre Lombard-Sentences. IV. D. XIX n° 1. « *Copula ergo maritalis quæ est inter infideles conjugium est legitimum sed non ratum. Legitimum quia est inter legitimas personas ; sed non ratum quia sine fide.* »

sacrement (1) : cela expliquait que, bien qu'indissoluble en principe, le mariage des infidèles pût être rompu en cas de conversion de l'un des époux. Mais, ce n'était là, ainsi que le fait observer Panormitanus, qu'une faveur accordée par l'Eglise revêtue de l'autorité divine au nouveau converti, « *favore fidei, ne infideles tepescerent redire ad fidem* », car le principe de l'indissolubilité contenu dans les paroles de Jésus-Christ : « *Quod Deus conjunxit homo non separet* », s'appliquait au mariage des infidèles comme à celui des chrétiens (2).

Ainsi, le conjoint converti qui se séparait de son conjoint resté infidèle pouvait se remarier, mais quand pouvait-il s'en séparer, d'après la doctrine canonique ?

Nous avons vu que Saint Paul n'autorisait le divorce et ne donnait au nouveau converti le droit de se remarier que si l'autre époux ne voulait plus demeurer avec

(1) Sanchez. op. cit. Lib. II. Disp. VIII n° 1. « Videtur esse Sacramentum, matrimonium infidelium, quia ita appellatur, *cap. Gaudemus. De divortiis*. Sed dicendum est non esse sacramentum, quia cum baptismus sacramentorum janua sit, ut definit *Florentinum de crelo de sacram. baptismi*, infideles incapaces sacramenti sunt. Quare d. c. *Gaudemus*, appellatur sacramentum, large et improprie, in quantum aliquo modo designat unionem Christi cum Ecclesia, licet improprie quia fide carent. »

(2) Panormitanus, sur c. VII, X. De divortiis, IV, XIX n° 5. « Nam cum matrimonium sit verum inter infideles non videtur quod possit separari, non obstante defectu baptismi ; nam Christus interrogatus a Judæis, qui non habebant baptismum, respondit : quod Deus conjunxit homo non separet, et sic ostendit indissolubilitatem matrimonii etiam inter infideles. ... Nec obstat quod dicitur : quod Deus conjunxit homo non separet, quia non est homo qui dissolvit in casu, sed Ecclesia autoritate divina. Nam Ecclesia interpretatur in hoc jus divinum et inducit hoc etiam favore fidei ne infideles tepescerent redire ad fidem, videntes sa arctari ad continentiam, uxoribus renuentibus secum cohabitare ». »

lui. A ce cas les canonistes assimilèrent celui où l'époux infidèle continue à habiter avec son conjoint, mais lui rend la vie insupportable à raison de la religion qu'il professe désormais. C'est l'hypothèse de la « *contumelia creatoris* » ; on jugeait qu'il y avait là un outrage suffisant pour justifier le divorce. On décida également que fait par l'époux infidèle d'entraîner son conjoint converti au péché serait un motif suffisant pour justifier l'application du *privilegium Paulinum*.

Telle est la théorie définitive des Décrétales (1).

Il était intéressant, croyons-nous de dire, un mot du « *privilegium Paulinum* » bien qu'il s'agisse, ici, d'un divorce au sens romain du mot, d'une véritable rupture du lien conjugal, et non pas seulement d'une simple séparation de corps, d'un *divortium quoad torum*. Il nous a, du reste, semblé logique, après nous être occupés du cas où deux conjoints chrétiens l'un tombait dans l'hérésie ou le paganisme, d'étudier l'hypothèse inverse, celle où l'un des conjoints infidèles se convertissait au christianisme. C'est la méthode que suivent les Décrétales et les canonistes.

Resterait, enfin, à se demander quelles étaient les fins de non recevoir qui pouvaient paralyser l'action en

(1) C. VII-X. De Divortiis — IV-XIX. « Si enim alter infidelium conjugum ad fidem catholicam convertatur, altero vel nullo modo, vel saltem non sine blasphemia divini nominis, vel ut eum pertrahat ad mortale peccatum, ei cohabitare volente : qui relinquitur ad secunda, si voluerit, vota transibit. Et in hoc casu intelligimus quod ait apostolus : « Si infidelis discedit discedat. Frater enim vel soror non est subjectus in hujusmodi » et canonem etiam in quo dicitur, quod « contumelia creatoris solvit jus matrimonii ».

divortium quoad torum basée sur la *fornicatio spiritalis*, mais aucun auteur n'en donne une liste comme pour la *fornicatio carnalis* : le droit commun devait dès lors, s'appliquer purement et simplement et on devait s'aider des solutions données pour la *fornicatio carnalis* pour en tirer des arguments d'ordre analogique. C'est ainsi que si l'époux qui réclamait la séparation pour cause d'hérésie de son conjoint était lui-même devenu hérétique, une fin de non recevoir aurait pu certainement lui être opposée. Quant à savoir si la réconciliation était, ici, une fin de non recevoir, il semble que c'était là une question qui ne pouvait pas se poser, car, ou bien le mari, à l'époque de la demande, était encore hérétique et, alors, la femme invoquant un fait postérieur à la réconciliation celle-ci ne pouvait lui être opposée, ou bien le mari avait abjuré son erreur et était revenu à sa foi première et, alors la femme ne pouvait plus demander la séparation, car elle n'avait plus aucun motif de l'invoquer, le « *periculum animae* » n'étant plus à redouter.

3° LES SÉVICES EXERCÉS PAR L'UN DES ÉPOUX SUR LA PERSONNE DE L'AUTRE

Une troisième cause de *divortium quoad torum* consistait dans les sévices graves commis par l'un des époux sur son conjoint : ce fut, du reste, de toutes les causes de *divortium quoad torum* celle qui, historiquement, apparut la dernière. Bernard de Pavie, au titre « *De divortiis* » ne cite que deux cas de séparation, la

« fornicatio carnalis » et la « fornicatio spiritalis » ; il est de même, plus tard, de Goffredus et d'Hosliensis. Mais, une doctrine finit par se former qui, à côté de ces deux première causes en ajouta une troisième : les sévices.

On se fonda, comme nous l'avons déjà dit, sur le chapitre I du titre « De divortiis », aux Décrétales qui reproduit, avec les modifications qui ont été apportées par Raymond de Pénafort, le ch. V du capitulaire de Verberie, bien que la rubrique le mentionne extrait du concile de Worms (1). Ainsi modifié, ce texte ne s'occupe pas du point de savoir si l'homme dont la femme a comploté la mort pourra la répudier, quitte à garder viduité, il se place seulement après le décès de l'un des époux et décide que le mari pourra se remarier mais que la femme ne le pourra pas.

Ce texte ne parle donc pas de *divortium quoad totum* dans cette hypothèse, aussi les anciens canonistes ne reconnaissaient pas, nous l'avons vu, qu'il eût là un véritable cas de séparation, ils se bornaient à donner au mari une exception contre la demande en « *restitutio* » de la femme renvoyée : c'était l'*exceptio sævitæ*.

C'était là un premier pas fait dans la voie de l'insti-

(1). » Si qua mulier in mortem mariti sui cum aliis hominibus consiliata est, et ipse vir aliquem illorum se defendendo occiderit : potest ipse post mortem uxoris, si voluerit, aliam ducere : ipsa autem insidiatrix pœnitentiæ absque spe conjugii stet subjecta ». (C. I X. De divortiis, IV-XIX).

tution du *divortium quoad torum* pour sévices graves commis par l'un des époux sur la personne de l'autre.

Un second pas fut accompli plus tard : on jugea plus logique de faire intervenir le juge ici comme il intervenait en matière de *fornicatio carnalis* et de *fornicatio spiritualis* et on ajouta à ces deux cas de *divortium* un troisième cas, en décidant que l'époux qui serait l'objet d'une haine capitale, « *odium capitale* » de la part de l'autre conjoint, haine capitale qui est susceptible de mettre sa vie en péril, pourrait intenter une demande régulière de *divortium quoad torum*. On tira argument d'un autre texte des Décrétales, le chapitre VIII, infine. « De restitutione spoliatorum » (II-XIII) qui décide que si le mari exerce sur sa femme des sévices tels qu'il ne soit pas possible de pourvoir à sa sécurité d'une manière suffisante, non seulement on ne pourra pas forcer la femme à retourner avec son mari, mais que bien plutôt, on devra l'en éloigner (1).

C'est ce qui se trouve très bien expliqué dans Panormitanus commentant le Chapitre I « *Si qua mulier* » du titre « *De divortiis* » aux Décrétales (2).

(1) « Si vero tanta sit viri saevitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet illi restitui, sed ab eo potius amoveri; aliquin sufficienti, si fieri potest, securitate provisum profecto videtur conjux ante causae cognitionem restituenda marito. »

(2) Panormitanus, sur c. I. X. De divortiis. IV, XIX, n° 4. « Sed quaere quid si in mortem mariti mulier continue insidiatur, neo potest quoquo modo compesci, numquid liceat hoc casu marito eam deserere? Textus hic non aperit, sed Hostiensis format quaestionem et dicit, quod ex quo cautionis remedio provideri non potest, potest eam repellere et sibi petenti restitutionem obstat exceptio saevitiæ; pro hoc bonus textus in c. *Litteris*, in fine. *De rest. spoliat.*, ubi vide-

Enfin, une troisième étape fut franchie : on élargit le champ d'application du *divortium quoad torum* pour sévices, et l'on en arriva à décider qu'il suffirait, désormais, d'une *nimia sævitia*, c'est-à-dire que l'on n'exigea plus qu'il y ait péril de mort, il suffit que les violences dont se plaignait le demandeur eussent revêtu un caractère assez grave pour justifier une demande en séparation. Mais, la difficulté allait être précisément de savoir où il faudrait s'arrêter, de déterminer les actes qui pourraient être invoqués et ceux qui ne pourraient pas l'être. Gonzalez Tellez examine à fond la question et après avoir donné au mari des conseils sur la manière de traiter sa femme qu'il doit, dit-il, commander avec douceur et traiter affectueusement, il se demande si le *divortium quoad thorum* peut être prononcé dans le cas où le mari bat sa femme, « *verberum causa* ». Après avoir indiqué que la question est controversée, certains auteurs admettant la négative et d'autres l'affirmative, Gonzalez Tellez essaie de les concilier. Il distingue suivant que le mari aura battu sévèrement sa femme, pour une cause futile ou suivant qu'il l'aura corrigé légèrement pour une cause grave : dans le premier cas il y aura lieu à séparation, mais non dans le second cas. Ce sera au juge à appré-

tur probari idem fore in marito prosequente uxorem odio capitali et per illum textum dico quod per judicem hoc casu poterit separari matrimonium quoad mutuam cohabitationem, et notabilis semper illum textum in fine quem nescio alibi : remanebunt tamen vir et uxor licet separati ».

cier si l'on se trouve dans un cas ou dans l'autre, en tenant compte de la qualité des personnes et de l'incompatibilité des caractères (1).

(1) Gonzalez Tellez, sur C. I. X. De divortiiis, IV, XIX, n° 12. « Debet enim vir uxorem affectione maritali tractare, ut praedicat et praecipit D. Paulus ad Eph. cap. 5, ad Colossens, cap. 3 nec debet illi imperare ut dominus rei possessae sed ut animus corpori. Vitium enim uxor juxta Gellium, lib. 1 noctium cap. 17 aut tollendum, aut ferendum : qui tollit uxorem commodiorem praestat ; qui fert, se meliorem reddit : et sicut servi non pugnīs sed verbis sunt corrigendi, multo majori ratione uxor, quae socia divini et humani juris appellatur, maritali affectione est pertractanda ; saevitia enim nimia culpan semper in se continet, juste ergo ob miniam saevitiam viri divortium fit quoad cohabitationem ; immo in hoc casu specialiter maritus spoliatus non restituitur, immo uxor, quae divortium petit ob viri saevitiam, deponi debet in aliquando monasterio, aut penes honestas matronas, donec causa terminetur. Quae autem dicatur nimia saevitia non facile constat apud interpretes, qui primo examinant, an ex causa verberum divortium peti possit ab uxore ? Et negant. Baldus, consil. 176, n° 7. Rolandus, cons. 127 num. 13. Titaquellus, ad II, connub. lib. 1 glōs. 1 num. 21. Affirmant Uranius in c. quemadmodum, num. 19 de jurejur. Alexander consil. 115 num. 13 volum. 4. Pro quibus facit, quod haec causa justa erat repudii, jure civili attento l. consensu c. De repudiis. Sed verius distinguendum est ; aut enim ex gravi causa et leviter ; aut ex levi causa, et crudeliter uxor verberibus afficitur. Primo casu divortio locus non est, quia modica castigatio maritis permissa.... Secundo vero casu cum nimia coërcitio culpae annumeratur, divortio locus est Valenzuela d. consil. 41 num. 12 qui afferit, quod quando maritus etiam ex causa percusserit uxorem cum sanguinis effusione, non est moderata castigatio. Minus licet alapas dare propter atrocitatem, quam in se continet haec castigatio. Alias vero causas saevitiae, ob quas matrimonium solvi possit, arbitrio judicis, qui pro qualitate personarum, et ingeniorum diversitate eas aestimare debet, relinquunt. Covarruvias supra, Menochius. De arbitr. d. casu 138 num. 13. »

Cf. Beaumanoir, op. cit. ch. LVII, n° 1631 (E. Salmon). « En plusieurs cas puevent estre li homme escusé des griēs qu'ils font à leurs fames, ne s'en doit la justice entremettre : car il loit bien à l'homme a battre sa fame sans mort et sans mehaing, quant ele le mefest, si come quant ele est en voie de fere folie de son cors, ou quant ele desment son mari ou maudit, ou quant ele ne veut obéir à ses resnables que preude fame doit fere : en teus cas et en semblables est-il bien mestiers que li maris la doit chastier et reprendre en toutes les manières qu'il verra que bon sera pour li oster de cel vice, excepté mort ou mehaing ».

Lorsqu'il s'agissait d'une *nimia saevitia*, c'est-à-dire de sévices qui ne mettaient pas la vie de la femme en danger et que ceux-ci ne paraissaient pas suffisants au juge pour motiver un *divortium quoad torum et cohabitationem*, celui-ci ordonnait à la femme de réintégrer le domicile conjugal, mais à la condition que le mari fournisse caution ou promette sous serment de mieux traiter sa femme à l'avenir (1).

Tels étaient, d'après la pure doctrine canonique, les seuls cas de séparation de corps.

Ni la condamnation de l'un des époux quelque infamante qu'elle fût, ni sa maladie quelque contagieuse ou répugnante qu'elle puisse être, ne pouvaient servir de base à une demande en *divortium quoad torum* (2). Cependant, un cas a toujours fait difficulté : c'est celui de la lèpre. Il convient d'en dire un mot.

La lèpre était, en effet, une maladie terrible et on comprend que l'on ait hésité à condamner le conjoint du lépreux à continuer de cohabiter avec lui au risque de contracter la même maladie. Avant le triomphe complet du principe de l'indissolubilité, le capitulaire de Compiègne (c. XIX) avait fait de la lèpre un cas de

(1) Gonzalez Tellez. sur c. IX. De divortiis. IV-XIX n° 12 « Judex. autem, causa cognita super saevita, si invenerit eam levem esse, graveque periculum vitae non adesse, quia vir discretus est, et emendatæ vitae, debet uxorem illi restituere, cautione data, aut jramento securitas præstiti. » Cf. Covarruvias. — De matrimoniis. — Pars Secunda. Cap. VII § 5. Vallensis op. cit. Tit. XIX. — De divortiis. IX § II n° 1.

(2) Vallensis. I. XIX. De divortiis § II n° 1, in fine. « Ob furtum vero vel aliud crimen, aut ob morbum conjugati non fit hæc separatio. »

dissolution du mariage à condition que le conjoint lépreux y consentit. D'autre part, les *Assises de Jérusalem* font encore de la lèpre un cas de divorce en y assimilant même certaines autres infirmités graves propres à rendre la vie commune insupportable (1) : après vérification des dires de l'époux qui allègue la maladie de son conjoint on lui permet de se remarier ; quant à l'époux, malade, on le mettra dans un couvent. Mais il est probable, ainsi que le dit M. Esmein (2), que ce texte a subi l'influence de l'Eglise d'Orient qui, contrairement à l'Eglise latine avait conservé le divorce pour cause déterminée. Toutefois, cela prouve qu'au XII^e siècle la lèpre était encore considérée comme une maladie telle qu'il était difficile d'exiger, dans ce cas, la continuation de la vie commune.

Quoi qu'il en soit, la pure doctrine de l'Eglise a tou-

(1) *Assises de Jérusalem. Cour des Bourgeois.* Chap. CLXXV (Ed. Beugnot, page 118). « S'il avient que uns hons ait prise une feme et cele feme devient puis mezele (*lepreuse*) ou chiet dou mauvais mau trop laidement (*tombe du haut mal, est épileptique*) ou li put trop fièrement la bouche et le nes, ou pisce aucune nuit au lit, si que tout se gastent ces draps, la raison commande que se le marit s'en clame à l'Iglise, et ne veut plus estre o luy por ce mahaing qu'il i a, que l'Iglise les det despartir par droit. Mais l'Iglise det, tout premier avant qu'il les parte, prendre la feme et mete en un hostel o trois autres bounes femes, qui soient o elle quinze jors ou un mès, por veyr se ce est vérité que se maris dit ; et s'il veent et connoissent par celes femes que elle ait la tache que ces maris dit, dreis est que ils soient partis et que celui ou cele qui avera la tache que dite est desus soit rendus en religion. Et le maris peut puis bien prendre autre moullier [*femme*] par droit, puis que il sera partis de l'autre feme qui se cera rendue en ordre de religion. Et tout autel raison est dou marit, s'il avait le mahaing que dit est desus, et sa moitié n'en eût pas dou mahaing ».

[2] Op. cit. T. II, page 83.

jours été ferme en ce sens qu'aucune maladie, pas même la lèpre, ne pouvait servir de prétexte à une séparation des époux, à plus forte raison n'admettait-elle pas qu'un véritable divorce pût intervenir ; on allait même jusqu'à dire que l'époux resté sain était tenu de rendre le devoir conjugal à l'époux lépreux. C'est ce que décide Alexandre III de la façon la plus nette (1). Un tempérament venait, il est vrai, de ce que l'on avait établi des léproseries où les lépreux étaient transportés et où leurs conjoints ne pouvaient pas les suivre ; mais le pape Alexandre III entendant rester fidèle à son principe, proteste, dans une autre décrétale, contre cette coutume qui ne permet pas au mari de suivre sa femme et à la femme de suivre son mari (2).

Telle était donc la doctrine de l'Eglise en ce qui concerne les maladies graves de l'un des époux. Cette doctrine subsista toujours et on n'admit jamais, en droit

[1] c. II. X. De conjugio leprosum. IV. VIII. « Quoniam ex multis auctoritatibus et præcipue ex evangelica veritate nemini licet, excepta causa fornicationis, uxorem suam dimittere : constat quod, sive mulier lepra percussa fuerit, seu alia gravi infirmitate detenta, non est a viro separanda, vel etiam dimittenda. . . . Quodsi virum sive uxorem divino iudicio leprosum fieri contigerit, et infirmus a sano carnale debitum exigat, generali præcepto Apostoli quod exigitur est solvendum, cui præcepto nulla in hoc casu exceptio invenitur ».

(2) C. I. X. De conjugio leprosum. IV. VIII. « Pervenit ad nos, quod, quum hi, quæ lepræ morbum incurrunt de consuetudine generali a communione hominum separentur, et extra civitates et villas ad loca solitaria transferantur, nec uxores viros suas taliter aegrotantes sequuntur, sed sine ipsis manere præsumunt, Quoniam igitur, quum vir et uxor una caro sint, non debet alter sine altero esse diutius, fraternitatis tuæ per apostolica scripta præcipiendo mandamus, quatenus, ut uxores viros, et viri uxores, qui lepræ morbum incurrunt, sequantur, et eis conjugali affectione ministrent, sollicitis exhortationibus inducere non postponas. »

canonique, que la lèpre fût un cas de *divortium quoad torum* : on finit seulement par admettre que l'époux ne serait pas tenu de rendre le devoir conjugal au péril de sa vie (1).

Il pouvait arriver, cependant, que, par exception, l'évêque se prêtât par faiblesse, à une séparation de corps pour cause de lèpre, mais il encourait, dans ce cas, le blâme de l'Eglise. C'est ce que nous trouvons rapporté dans un vieux poème « *Amis et Amile* » qui contient à ce sujet un épisode très intéressant que M. Gautier a inséré dans son livre sur la « Chevalerie » et que nous croyons intéressant de transcrire ici. « Il s'agit de ce pauvre comte Amis qui est un jour frappé de la lèpre comme de la foudre. Sa femme, elle se nomme Lubias, ne ressemble pas à ces *preudefames* que l'on doit « chières tenir ». Elle a soudainement horreur de ce lépreux, et vient demander à l'évêque ce dessoivrement qui, d'après la loi ne peut être, en effet, prononcé qu'après une véritable enquête ecclésiastique. Deux chevaliers prennent entre leurs bras le pauvre Amis qui tremble de fièvre et le conduisent devant l'évêque. Lubias montre au prélat, d'un doigt implacable, l'infortuné qui ne peut se défendre. « Séparez-moi de ce malade, et je vous donnerai trente livres parisis, avec mon mulet d'Arabie ». L'évêque lui répond fièrement : « Dame, lui dit-il, la dernière per-

[1] Sanchez. op. cit. Lib. IX. disp. XXIV, n° 17. « *Tertia sententia (cui omnino adhaereo) docet minime teneri, ubi iudicio medicorum, notabilis infectionis periculum immineret sano ex debiti redditione. Nec obstat textus cap. 2 de conjug. lepros. intelligitur enim, ubi ea redditio non cedit in reddentis notabile damnum.* ».

sonne qui eût dû vous dévoiler ainsi la maladie de votre mari, c'était vous. » Mais elle d'une voix colère : « Les évêques, dit-elle, sont nés pour m'obéir. Si vous ne faites ce que je vous demande, laissez là votre crosse. » Cependant, dans toute la ville l'opinion publique s'émeut. On s'attroupe, on murmure autour de ce misérable lépreux dont la laideur effraie tous les regards. Ce n'est pas lui que l'on plaint : c'est sa femme. « Elle a raison, dit le peuple, elle est décidément trop mal mariée. » Pour favoriser ce retour de l'opinion, Lubias répand habilement ses largesses sur les bourgeois et sur les nobles : à ceux-ci des soudées ; aux bourgeois des fourrures. L'évêque qui eût dû résister jusqu'à la mort se croit obligé de céder, et en appelle inutilement au jugement de trois autres prélats. Le pauvre lépreux, devant cet abandon universel, finit par demander lui-même sa séparation juridique, mais à la condition que sa femme daigne lui envoyer le relief de sa table. On le sépare, on le chasse de sa propre cité ; on le conduit dans une misérable mesure aux portes de la ville, où il vient assister au seul consolateur, un seul ami. Ce consolateur, cet ami, c'est son fils, c'est son petit Gérard qui a sept ans, que Dieu le bénisse et maudisse Lubias ! » (1).

Mais, ce devait être là un cas extrêmement rare : les perfidies et les menaces de certaines Lubias ne devaient

[1] Amis et Amile. Vers 2109 à 2231. Léon Gautier. La Chevalerie, pages 361 et sv.

pas toujours rencontrer les complaisances coupables d'un évêque. Le poète ne manque, du reste, de réprover la conduite de la femme et celle de l'évêque dans la circonstance (1).

Si l'on veut résumer d'un mot la théorie des causes de *divortium quoad torum*, dégager l'idée générale qui se trouve à la base de cette théorie, on peut dire que le droit canonique n'admettait la séparation que pour le cas « d'un grave manquement personnel d'un des conjoints envers l'autre (2) », et non pour d'autres raisons. C'est ce qui explique pourquoi les condamnations si dégradantes qu'elles fussent ou les maladies même les plus terribles et les plus répugnantes, comme la lèpre, ne constituaient pas des cas de *divortium quoad torum*, car il n'y avait pas dans ces lares physiques ou morales une injure ou un manquement envers l'autre conjoint.

[1] « Se le servit et joïst et amast. La sainte gloire en eût sa part. Maris et fame, ce est toute une chars. Ne faillir ne se doivent. » Amis et Amile, vers 2115-2118].

[2] M. Lefebvre à son cours.

CHAPITRE II

Juge compétent en matière de « *divortium quoad torum* » Procédure

Le juge compétent en matière de *divortium quoad torum* a été, dès l'origine de l'institution, le juge d'Eglise, c'est-à-dire l'évêque et, sous son autorité l'official. C'était là, du reste, une compétence qui se concevait facilement puisque c'était l'Eglise qui, après avoir fait triompher le principe de l'indissolubilité, avait créé le tempérament nécessaire de la séparation de corps. D'autre part, l'Eglise avait fini par conquérir la compétence exclusive sur toutes les questions intéressant le lien de mariage : or, le *divortium quoad torum* met en cause le lien conjugal dont on sollicite le relâchement, il était donc naturel que la compétence des causes de séparation appartint aussi au juge d'Eglise.

Du reste, bien avant que le *divortium quoad torum* eût été juridiquement organisé, l'Eglise avait posé le principe suivant : à savoir qu'aucun époux chrétien ne pourrait abandonner ou expulser son conjoint sans que l'évêque ou le synode eussent préalablement statué sur cas en question. Le concile d'Agde, en particulier, est

très net sur ce point (1). Il y a là encore un fait qui explique la compétence de l'Eglise lorsque le *divortium quoad torum* fut juridiquement organisé, c'est-à-dire à partir du XII^e siècle.

Cette compétence de l'Eglise a, du reste, toujours été revendiquée par les canonistes (2) et plusieurs textes du *Corpus juris canonici* la posent en principe (3). Les auteurs civils eux-mêmes ont toujours reconnu la compétence de l'Eglise en matière de *divortium quoad torum* et cela jusqu'au XVII^e siècle : Beaumanoir, au XIII^e siècle, range la séparation de corps parmi les causes dont le jugement appartient à « Sainte-Eglise » (4), et

(1) c. 25. « Si antequam apud episcopos comprovinciales discidium causas dixerint, et prius uxores, quam iudicio damnentur abjecerint, a communione ecclesiae, et sancto populi cœtu pro eo quod fidem et conjugia maculant, excludant ». (Mansi, tome 8 col. 329).

(2) Bernardus Papiensis, Summa decret, IV, XX § 3. « Divortium fieri non potest absque ecclesiastico iudicio et sine causæ cognitione, ut c. XXXIII, qu. 2, *Seculares* (c. 1) et c. XXXV, qu. 6, *Mullorum* (c. 10) etiam si causa divortii sit omnibus manifesta, ut infra eod. Porro (c. 3 Gr. IV, XIX) ; solus igitur ecclesiasticus iudex divortium facere potest, sed tamen alter conjugum potest divortium postulare ». Godefroidus, IV, XIX. De divortiis, n° 2. « Plures sunt causæ divortii secundum jura civilia, sed dicimus jure illa non tenere ; et idem dico in omnibus aliis legibus ex quibus habentur divortia seu repudia fieri posse praeter causas canonicas quas inferius prosequemur. Nam matrimonia jure poli non jure fori reguntur ».

[3] c. III, X. De divortiis IV, XIX. - c. XXXIII qu. II c. I. Ce dernier texte, du reste, est la reproduction intégrale du c. 25 du concile d'Agde.

(4) Beaumanoir. op. cit (Ed. Salmon) Ch. LVII. n° 1626. « Nous veons souvent que mautalent muevent entre homme et fame qui sont ensemble par mariage, si qu'il ne puent durer ne manoir ensemble, et si n'ont pas reson par quoi li mariages puist estre departis ne qu'il se puissent alieurs remarier. Et nepourquant il s'entreheent tant qu'il ne vuelent ensemble, et tele eure est que c'est es coupes de l'un, et telle eure est es coupes des deus. Et quand tele chose avient, a Sainte Eglise appartient la connaissance du mautalent, se ples en muet. »

Guy Coquille, au XVI^e siècle reconnaît encore que la séparation de corps doit être demandée au juge ecclésiastique et non pas au juge laïc (1).

Le *divortium quoad torum* devait donc être prononcé par le juge d'Eglise. Cependant M. Glasson (2) prétend qu'on trouve, au Moyen-âge, des exemples de séparations de corps prononcées par le juge laïc : il se fonde sur une notice datée de l'an 1128 et rapportée par Luchaire (3). Mais, il faut remarquer qu'il s'agit dans ce texte d'un médecin du roi, ce qui peut expliquer que la séparation de corps ait été prononcée, à titre exceptionnel, par le juge royal, « par devant le roi et la reine » : il ne faut voir là, sans doute, que l'application d'un privilège de juridiction dont jouissaient les officiers de la maison du roi.

La compétence du juge ecclésiastique en notre matière étant ainsi établie, disons quelques mots de la procédure suivie.

La procédure du *divortium quoad torum* était, en principe, la même que celle des autres causes relevant de la juridiction ecclésiastique : c'étaient les règles

(1) Guy Coquille. Coutumes du Nivernois. Ch. XXIV. De douaire. Art. VI. « Si le mauvais ménage du mary est en tenant par luy une concubine, ou autrement paillardant, la feme qui est chaste peut requérir en Cour d'Eglise être séparée du lit de son mary. »

(2) Glasson. Histoire du droit et des institutions de la France, Tome VII, page 171. note 3.

(3) Luchaire. Louis VI le Gros, n° 430, p. 199, « Paris. Le médecin royal Obizon et sa femme Adelaïde la Gente, sont séparés par sentence prononcée devant le roi et la reine, dans la maison de Jean de Labarre. »

» Ind. dans une notice origin. de 1128. Arch. nat., K. 22 n° 5 4 ; éd Tardif, Mon. hist. n° 402 ; R. de Lasteyrie, Cart. de Paris, n° 221. »

ordinaires de la procédure canonique qui s'appliquaient avec quelques règles particulières.

Hostiensis, au Titre « *Divortiis* » nous renseigne sur cette procédure.

Il déclare, d'abord, que la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme ne pourra être demandée que par le mari et non pas par d'autres, par les héritiers du mari, par exemple, contrairement à ce qui se passe lorsqu'il s'agit d'une accusation au criminel (1). La même règle s'appliquait, du reste, à tous les cas de *divortium quoad torum*, que le demandeur fût le mari ou la femme. Poursuivant son hypothèse d'une demande en séparation formée par le mari pour adultère de sa femme, Hostiensis nous dit ce que cette demande rédigée sous forme de requête doit contenir : il ne fait, du reste, que reproduire, sur ce point, les dispositions de la loi *Julia de adulteriis*. Cette requête devra contenir le nom du mari demandeur, celui de la femme défenderesse, ainsi que le nom du complice de cette dernière, le lieu dans lequel l'adultère a été commis l'année et le mois où il l'a été, mais, on ne sera pas tenu d'indiquer le jour et l'heure ; il faudra, en outre, mentionner le nom du juge devant lequel la demande est portée (2).

(1) Hostiensis, IV-XIX. De divortiis, n° 3. « Verum talis adulteri causari potest, quo ad pœnam legalem vel canonicam infligendam : et tunc quilibet admittitur : ut tractatur *J de adult. in sum.* sed quoad divortium separandum, non admittitur aliquis, nisi maritus. »

(2) Hostiensis, IV-XIX. De divortiis, n° 3. « Debêt (maritus) libellum porrigere continentem nomen mariti accusantis, et uxoris accusatae, et illiuscum quo adulterium dicitur perpetratum, et locum, et annum, et

Hostiensis donne même un peu plus loin un modèle de requête, de « *libellus* ». (1)

Le juge saisi d'une demande de *divortium quoad torum* ordonnait une enquête pour vérifier les faits contenus dans cette demande (2) et à la suite des résultats de cette enquête prononçait ou non la séparation.

En ce qui concerne les modes de preuves, une particularité intéressante est à signaler : alors qu'aujourd'hui l'aveu du défendeur à l'action en divorce ou en séparation de corps n'est pas admis comme preuve des faits qui lui sont reprochés, en droit canonique, au contraire, l'aveu était considéré comme un mode de preuves normal en matière de *divortium quoad torum* :

mensem, in quo perpetratum est et sub quo consule : sed non cogitur quis diem apponere, vel horam ; sed et nomen judicis coram quo accusatur, apponendum est : licet non proprium, saltem appellativum. Inde versus :

- « Consule, mense, die, coram praetore professus
- « Te deferre reum, crimen, loca ponere sodalem ;
- « Et licet hora, dies, non mensis, praetereatur. »

(1) Hostiensis, IV-XIX. De divortis, n° 3. « *Libellus igitur potest commodè concipi in hoc modum « Anno Dominica incarnationis millesimo trigesimo nono Domino Gregorio nono summo pontificatui praesidente, et domino Hugone Episco Dignen. regnante. 10. calen, Decembris, in dictione 12. Ego Martinus accuso Bertam uxorem meam de adulterio, apud te domine Falco, iudex Domini Dignent. Episcopi : quia dico illam commisisse adulterium in Burgo Dignen. in domo Guiliel. mense novembri praesentis anni, cum Petro Andreae, quod offero me legitime probaturum : ideo peto ab ejus cohabitatione, et ea servitute, qua ei sum ligatus : absolvi, et dotem 300 librar. quam ab ea consecutus fui, cum centum libris quae faciunt tertiam partem quantitatis dotis, cum ipsa Berta liberos non habeat, mihi adjudicari, et in his eam mihi condemnari ».* Comme on le voit par cette dernière partie du texte, le *divortium quoad torum* se trouvait toujours accompagné d'une demande en attribution ou en restitution de la dot. Nous laissons ce point de côté pour l'instant, nous le retrouverons à propos des « Effets du *divortium quoad torum* ».

[2] Hostiensis, IV. XIX. De divortis, n° 11. Texte cité plus haut.

la « confessio » de l'époux coupable était considérée comme suffisante pour entraîner la séparation de corps. Les canonistes ne donnent du reste, cette solution que pour le cas d'adultère, mais nul doute qu'elle ne fût admise dans tous les cas de *divortium quoad torum*.

Il y avait, d'ailleurs, à cet égard, une différence importante entre le *divortium quoad torum* et le *divortium quoad vinculum* : l'aveu des époux ne pouvait pas suffire, en effet, pour faire prononcer ce dernier (1).

Ajoutons, en terminant, que le jugement de *divortium quoad torum* devait être transcrit sur un registre public, « scriptura publica ». Faute de transcription, le jugement n'acquerrait pas force de chose jugée et n'était pas opposable aux tiers (2).

Citons, à titre d'exemple, une sentence de *divortium quoad torum* empruntée au registre de l'officialité de l'abbaye de Cerisy (3) qui fait application de la plupart des principes que nous avons relevés jusqu'ici ainsi que de ceux qu'il nous reste à signaler. « *In nomine Domini amen. Cum nobis per confessionem Johannis Moulin et*

(1) Panormitanus, sur C. V-X. De divortiis IV-XIX, n° 2. « Nota quod ubi agitur de adulterio ad separationem tori valet confessio solius conjugis ; nam ad solam confessionem mulieris fuit hic separatum matrimonium quoad torum. Secus est ubi agitur de substantia vinculi... ratio diversitatis : quia primo tractatur de praejudicio confidentis. »

(2) Hostiensis, IV-XIX. De divortiis n° 13. « Quid si sententia lata non fuit in scriptis : numquid valet ?... Ista sententia non transit in rem judicatam. »

(3) N° 428, page 350.

Thomassie relicte Germani Guesdon quam alias, matrimonium per carnalem copulam inter ipsos nullatenus fuisse consummatum dictumque Johannem in legem matrimonii predicti contra . . . , talem agnos cendo, dictumque inter ipsos non fuisse reconciliatum ; ea propter ad instanciam, petitionem et requestam dicte Thomassie, divorcium, quoad torum et bona, mutuam servitutem et alimentorum exhibitionem, inter ipsos tenore presentium celebramus ; injungentes elsdem et eorum cuilibet, sub pena excommunicationis et ad penam decem librarum turonensium nobis si secus fecerint feceritve alter ipsorum solvendarum, ac eciam decernentes quatenus segregatim, continenter et caste de cetero vivant quousque matrimonium supradictum copula carnali vel alias fuerit reconciliatum, salvis expensis legitimis dicte Thomassie, quas eidem contra dictum Johannem in hiis scriptis adjudicamus, coram nobis nostro judicio reservantes divorcium. »

Avant de passer au chapitre suivant consacré aux « Effets du *divortium quoad torum* » ; il convient de faire une observation.

Un jugement était toujours nécessaire pour prononcer le *divortium quoad torum*, mais, toutefois, les Canonistes décidaient qu'en cas d'adultère notoire de l'un des époux, son conjoint pouvait se séparer de lui de sa propre autorité, « *propria auctoritate* », sans former de demande régulière de *divortium quoad torum* ; il possédait, alors, une « *exceptio* » qu'il pouvait opposer à toute demande en « *restitutio* » formulée par l'époux

coupable (1) : il n'était pas tenu de reprendre la vie commune avec ce dernier. C'est ce que décide une décrétale du pape Alexandre III, au Titre « de Divortiis (ch. IV) (2) et sur laquelle les Canonistes se sont appuyés pour soutenir que le principe suivant lequel il est interdit de renvoyer son conjoint de sa propre autorité, sans jugement, « *propria auctoritate, sine iudicio Ecclesiae* » recevait une exception en cas d'adultère public et notoire. En cas d'« *d'adullerium occultum* » tout ce que pouvait faire le conjoint innocent, c'était de refuser l'accomplissement du devoir conjugal en attendant qu'une sentence de *divortium quoad torum* soit intervenue à son profit (3). Corarvuvias, cependant,

(1) Hortiensis. IV. XIX. De divortiis, n° 7. « Ergo hac causa [adullerium notorium] potest eam dimittere propria auctoritate; et si petat restitutionem, obstat exceptio adulterii.... alias si occultum sit, non obstaret talis exceptio petenti restitutionem. »

(2) C. IV. X. De divortiis, IV, XIX. « Significasti nobis, quod quidam miles in provincia tua, uxore sua sine iudicio ecclesiae et auctoritate dimissa pro eo, quod suggestum sibi fuerat ipsam incestum cum quodam consanguineo suo commisisse, vinculo fuit propter hoc excommunicationis adstrictus. Verum mulier ipsa non continuit, sed sobolem de alio viro restitui, asserens se ab ipso injuste fuisse dimissam, et eundem virum sibi materiam adulterandi dedisse. Unde quia nos consuluisti, utrum mulier ipsa debeat viro suo restitui, et vir a ejus receptionem compelli, consultatione tuae taliter respondemus, quod si notorium est, mulierem ipsam adulterium commisse, ad eam recipiendam praefatus vir cogi non debet, nisi constaret ipsum cum alia adulterium commisisse. »

(3) Vallensis, IV-XIX. De divortiis § II, n° 1. « Caeterum observandum, licere alteri conjugum hanc separationem alterius facere propria auctoritate, quoad torum dumtaxat, non etiam quoad cohabitationem, quia est res publica et quae scandalo esse potest, ideoque non nisi iudicio Ecclesiae fieri debet, cap. Porro hoc tit., nisi adulterium fuerit omnino publicum et notorium, cap. Significasti 4, hoc tit. » Cf. Goffredus IV-XIX n° 4 et Hostiensis, IV-XIX, n° 7.

n'admettait pas qu'en cas d'adultère notoire l'époux innocent pût renvoyer « *propria auctoritate* » l'époux coupable ; un jugement d'Eglise, dit-il, est toujours nécessaire : tout ce que peut faire, d'après lui, le conjoint qui découvre l'adultère de son époux, c'est de se refuser, en attendant, à lui rendre le devoir conjugal (1) ; et telle semble avoir été également la doctrine de Bernard de Pavie (2).

Quoi qu'il en soit, même en cas d'adultère manifeste, il est probable que l'époux outragé devait, le plus souvent, recourir à la justice pour faire prononcer une séparation judiciaire, un *divortium quoad torum*, afin de faire prononcer la liquidation des biens et pour avoir une situation plus régulière vis-à-vis des tiers, pour bénéficier, en un mot, des effets juridiques de la séparation de corps auxquels nous arrivons maintenant.

(1) Covarruvias. De matrimoniis, Pars secunda. Cap. VII, § 5, n° 15. « Non enim absque iudicio Ecclesiae debet quis uxorem a suo consortio expellere, etiam ob notariam consanguinitatem, seu notariam fornicationem ; licet possit conjugale debitum ei negare... Nam et D. Thomas *d. art.* 3 scribit maritum non posse sibi jus dicere, quoad separationem cohabitationis et idem asserit Sylvest. *in verb. divortium*, q, 8.

(2) Bernardus Papiensis-Sum. decret. IV-XX, § 3. Texte cité plus haut.

CHAPITRE III

Effets du « *divortium quoad torum* ». -- Sa durée

Les effets du *divortium quoad torum* étaient triples.

1° Les époux ne se devaient plus le devoir conjugal.

2° Ils étaient libérés de ce que les canonistes nomment la *mutua servitus* : obligation de cohabitation et obligations secondaires en dérivant.

3° Enfin, le *divortium quoad torum* entraînait le *divortium quoad bona*, c'est-à-dire la séparation de biens. Séparés de corps, il était tout naturel que les époux fussent séparés quant aux biens.

Tels étaient les effets du *divortium quoad torum* prononcé pour causes déterminées. De ces effets, le premier seul se produisait dans le *divortium quoad torum* opéré par consentement mutuel : comme nous l'avons dit plus haut, les époux, bien que ne se devant plus le devoir conjugal, devaient néanmoins continuer la vie commune, sauf dans le cas où l'un des époux ou tous deux entraient en religion.

Les époux séparés étaient, d'abord, avons-nous dit, libérés de l'obligation de se rendre le devoir conjugal :

cependant, dans un cas, certains canonistes s'étaient demandé si, bien que séparés par jugement d'Eglise, les époux étaient vraiment libérés de cette obligation, en d'autres termes si l'un des conjoints ne pouvait pas exiger de l'autre qu'il continue à lui rendre le devoir conjugal : c'était dans le cas où le *divortium* avait été prononcé pour *fornicatio spiritualis*. Certains canonistes avaient soutenu que, dans cette hypothèse, les époux étaient libérés du devoir de cohabitation, mais qu'ils n'étaient pas libérés de l'obligation de rendre le devoir conjugal ; mais Panormitanus, qui rapporte cette opinion, la repousse, en invoquant à l'appui de sa doctrine l'autorité d'Hostiensis, et c'est cette dernière manière de voir qui devait définitivement l'emporter (1).

Nous avons dit, en second lieu, que le *divortium quoad torum* délivrait les époux de la « *mutua servitus* » (2) c'est-à-dire du devoir de cohabitation et des obligations qui en dérivent. Est-ce que parmi ces dernières l'obligation alimentaire était comprise ? en d'autres termes, le *divortium quoad torum* laissait-il subsister l'obligation alimentaire qui existe entre époux ? Gonza-

[1] Panormitanus, sur c. II-X. De divortiis, IV-XIX n° 4. « Quæritur tertio si separetur matrimonium propter fornicationem spiritua-lem, numquid innocens sit absolutus a redditione debiti carnalis ? Quidam tenuerunt non sed tamen a mutua servitute, quia Christus solum excipit delictum fornicationis ; contrarium hic tenet Hostiensis et melius, quia licet exceperit fornicationem, non tamen distinxit inter spiritualement et carnalem ; unde favore fidei debemus intelligere de spirituali ».

[2] Hostiensis, IV-XIX. De divortiis, n° 12. « Effectus ejus sententiæ est quod maritus absolvitur ab ejus cohabitationem et servitute mutua ».

lez Tellez, dans le cas d'une séparation prononcée pour *saevitia* est très net : il décide qu'après le *divortium* prononcé le mari reste tenu de fournir des aliments à son épouse (1). Mais, dans un jugement de l'officialité de Cerisy de l'an 1377, jugement que nous avons rapporté plus haut, nous voyons prononcer pour cause d'adultère du mari et au profit de la femme, un « *divortium quoad torum et bona mutuam servitutem et alimentorum exhibitionem* » : il faudrait donc conclure de là que, contrairement à ce qu'affirme Gonzalez Tellez, l'obligation alimentaire ne survivait pas à la séparation de corps ; mais il faut remarquer que les *divortia quoad torum* ne produisaient pas tous nécessairement les mêmes effets : le juge pouvait par exemple décider, comme ici, qu'à titre exceptionnel, l'obligation alimentaire ne survivrait pas à la séparation de corps. Ce jugement ne prouve donc pas, à notre avis, que le *divortium quoad torum* mettait forcément fin à l'obligation alimentaire entre époux, ce qui contredirait le passage de Gonzalez Tellez que nous avons cité.

Enfin, le *divortium quoad torum* entraînait le *divortium quoad bona* c'est-à-dire la séparation de biens. C'est ce dont s'occupe, aux Décrétales, le Titre qui suit immédiatement le Titre « De divortiis » et qui porte comme rubrique « *De donationibus inter virum et uxorem, et de dote post divortium restituenda.* » (IV - XX.)

Le ch. II de ce Titre décide d'une manière très nette qu'en cas de *divortium* le mari doit rendre la dôt de là

[1] Gonzalez Tellez sur c. 1. X. De divortiis, IV. XIX. n° 12, in-fine.
« Divortio facto, maritus tenetur praestare alimenta uxori.... »

femme et qu'il y a lieu au partage des biens composant la communauté (1).

Le chapitre suivant décide que le juge de l'action principale en *divortium quoad vinculum* (mais la même solution s'appliquait en cas de *divortium quoad torum*) est compétent pour connaître de la séparation de biens accessoire au divorce et qu'il doit statuer sur cette séparation de biens en même temps que sur la demande principale (2). Il est naturel, en effet, que le juge de l'action principale soit juge des causes incidentes, « *accessorium sequitur principale* » : c'est pourquoi Panormitanus pose en règle générale que le juge ecclésiastique peut connaître de toutes les questions temporelles de la compétence des juges laïcs, lorsqu'elles viennent s'adjoindre accessoirement à une cause qui re-

[1] Significasti nobis P. mulier, quod H. quem loco viri tenebat, divortio inter eos solenniter celebrato, dotem suam illicite detinet et reddere contradicit, possessiones etiam, quae ipsis, dum simul viverent, cujuscunque contractus titulo communiter obvenerunt, ea prorsus exclusa sibi nititur vindicare. Ideoque discretioni tuae per apostolica scripta mandamus, quatenus, si ita est, et non est aliud quod obsistat, ipsum ad restitutionem dotis, et ad divisionem eorum, quae olim communiter habuerunt, districtione ecclesiastica compellatis. » La femme séparée pouvait également réclamer son douaire. [Voy. Guy Coquille. Coutumes de Nivernois. Ch. XXIV. De douaire. Art. VI].

(2) « De prudentia vestra valde miramur, quod, quum vobis causam matrimonii, quae vertebatur inter H. Pisanum civem et M. mulierem commissemus canonice terminandum, et vos, consanguinitatem inter eos in sexto vel septimo gradu invenientes, sententiam divortii tulissetis, de dote, quam a viro mulier repetebat, quicquam statuere distulistis. Quia igitur secundum jura vos, qui de matrimonio principaliter cognovistis, et de dote, quae est causa incidens, accessorie cognoscere voluistis et sententialiter diffinere, discretioni vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus praedictum H. monitione praemissa cogatis, ut praedictae M. totam dotem suam, sicut canonicum fuerit, restituere non moretur ».

lève de la compétence ecclésiastique (1).

La séparation de biens était donc l'accessoire obligé de la séparation de corps et elle était prononcée par le même juge que cette dernière, c'est-à-dire par le juge d'Eglise.

Notons, à ce propos, que la femme séparée de corps recouvrait sa capacité pleine et entière : elle n'avait plus besoin de l'autorisation de son mari, même pour aliéner ses immeubles (2).

Le droit commun était, nous venons de le voir, que la femme devait reprendre sa dot après la séparation : toutefois, dans un cas, il en était autrement, c'était lorsque le *divortium quoad torum* était prononcé contre la femme pour adultère ; le mari était, alors, dispensé de restituer la dot à sa femme. C'est ce que décide le ch. IV, à notre Titre (3).

(1) Panormitanus, sur c. III-X. De donatio. inter virum et uxo. IV-XX. « Nota primo judicem ecclesiasticum posse cognoscere de causa temporali laicorum, cum venit accessorie ad causam ecclesiasticam ».

(2) Livre des droiz et commandemens n° 223. « Quant feme est départie de son seigneur pour aucune droite cause, nous commandons que tous leurs droitz leur soient rendus. » Coutumes de Lorris, Ch. VIII, art. VI. « Item, femme séparée de son mari, quant aux biens solennellement, peut et lui doit contracter et disposer de ses biens meubles et immeubles, ainsi que, en la matière qu'elle pourrait faire si elle n'était mariée. »

(3) « Plerumque accidit, ut proponis, quod in tua parochia mulieres a viris suis fornicationis causâ recedunt, et sic usque ad mortem ipsorum permanere noscuntur ; ipsis vero defunctis, cum a consanguineis ad quos hereditates eorum deveniunt, dotem suam cum dotalitio suo repetunt eis audientiam denegant, et iis nolunt restituere ob hanc causam, quia eo ipso se indignas fecisse noscuntur, quod a viris suis causâ fornicationis duxerint recedendum. In hoc casu itaque dicimus, quod si aliqua mulier ob causam suae fornicationis iudicio ecclesiae aut propria voluntate a viro suo recedit, nec postea reconciliata est eidem. Inde defuncto ipso, dotem, vel dotalitium suum repetere non potest. »

Mais, plusieurs questions se posaient à propos de la portée de ce dernier texte.

D'abord, en dehors de la dot, est-ce que la femme ne perdait pas le profit des donations qui lui avaient été faites par son mari et dont elle devait bénéficier lors de la dissolution du mariage ?

Les canonistes admettaient l'affirmative.

On se demandait, ensuite, si la femme ne perdait pas, en outre, ses paraphernaux, c'est-à-dire les biens qu'elle possédait en dehors de sa dot, « *bona quae mulier habet ultra dotem* ».

Quelques-uns l'avaient soutenu en se fondant sur le mot « *dotalitium* » employé par notre texte après le mot « dos », : « *dotem vel dotalitium suum repetere non potest.* » Le mot « *dotalitium* », disaient-ils, ne peut viser que les paraphernaux, sans quoi il ferait double emploi avec le mot « dos ». Mais, l'opinion générale s'était fixée en sens contraire : la femme adultère ne devait perdre que sa dot, ses biens paraphernaux devaient lui être restitués ; le mot « *dotalitium* », dit Panormitanus, vise simplement le « *praetium dotis.* » (1).

(1) Panormitanus, sur C. IV-X. De donatio, inter virum et uxo. IV-XX n° 8. « In glossa, in v^o *dotalitium* nota duas ultimas expositiones glossae. Prima quod uxor etiam donationem propter nuptias perdit quam debeat lucrari ex pacto soluto matrimonio. Secunda quod perdit etiam bona paraphernalia : et dicuntur paraphernalia bona quae mulier habet ultra dotem : haec tamen ultima expositio non videtur procedere, quia appellatione dotis vel dotalitii ex propria significatione non veniunt paraphernalia : et ideo cum sim' in materia penali verba non debent extendi sed potius restringi... et ideo doctores videntur approbare expositionem precedentem in glossam tamen tenebis menti glos : propter ipsius auctoritatem et potest appellari dotalium dotis praetium. »

Enfin, on admettait sans difficulté que puisque la femme perdait sa dot en cas de *divortium quoad torum* prononcée contre elle pour cause d'adultère, elle devait, à plus forte raison, perdre sa part d'acquêts, sa part dans les biens communs (1).

Les auteurs appliquent, du reste, les règles que nous venons d'exposer au mari adultère, conformément au principe canonique qui veut que le mari soit traité en tout de la même façon que la femme : c'est ainsi que Panormitanus décide que le mari perd le montant de la donation *propter nuptias* qu'il a constituée à son épouse (2).

Notons, pour finir, que les règles que nous venons d'exposer s'appliquaient non seulement en cas d'adultère proprement dit, mais dans tous les autres cas de *fornicatio carnalis* qui avaient été assimilés à l'adultère (3).

Tels étaient donc les effets du *divortium quoad torum*. Ces effets étaient-ils définitifs ? étaient-ils irrévocables ?

Ils ne l'étaient certainement pas, d'abord, en ce sens

(1) Gonzalez Tellez, même C. v^o *dotatitium*. « Nec etiam pro eis facit textus in d. cap. ex parte qui loquitur de bonis acquisitis constante matrimonio, de quibus egi supra, in cap. 2, partem enim eorum bonorum mulier amittit propter adulterium : quia aliud est non capere ex bonis viri, aliud res suas proprias amittere... : et si amittit dotem propriam, facilius privabitur bonis quaesitis constante matrimonio, in quibus agit de lucro captando ».

(2) Panormitanus, sur c. IV-X. De donat. inter vir. et uxor. IV. XX. n^o 6. « Sed quaero quid de viro committente adulterium ? dico quod debet perdere donationem propter nuptias quam fecit uxori : et pari modo potest matrimonium separari quo ad torum instante uxore. »

(3) Panormitanus, ibid. n^o 2. « Nota ibi : *fornicationis* quod fornicatio est nomen generale comprehendens in se adulterium et omnem illicitum coitum. »

qu'une réconciliation pouvait toujours intervenir entre les époux et entraîner la reprise de la vie commune et avec elle toutes les obligations en dérivant.

Les époux étaient donc libres de reprendre la vie commune ; l'époux innocent pouvait pardonner à l'époux coupable et retourner avec lui. Cependant, pendant longtemps, des doutes s'étaient élevés sur la question de savoir si, en cas d'adultère de son conjoint l'autre époux pouvait pardonner et continuer la vie conjugale : on considérait que l'époux innocent se souillait au contact de l'époux adultère, qu'il souillait son corps représentant les membres du Christ lui-même. Il y avait peut être là comme le fait remarquer M. Esmein (1), un souvenir de l'influence qu'avait exercé dans le monde romain la disposition de la loi. *Julia* qui punissait le mari lorsqu'il ne répudiait pas sa femme coupable d'adultère. Les *libri pœnitentiales* infligent, en effet, une pénitence au mari qui, après avoir été convaincu de l'adultère de sa femme ne la renvoie pas (2). Mais ce n'étaient pas là les vrais principes de la morale chrétienne toute imprégnée, au contraire, de l'idée de pardon : pourquoi le mari n'aurait-il pas pu pardonner à sa femme adultère alors que, Jésus, lui-même, lui avait pardonné en lui disant ces mots : « Je ne te condamnerai pas, va, et veuille ne plus

(1) Op. cit. .T. II, page 31.

(2) Pœnitentiale Theodori (Ed. Schinitz. op. cit.) Liv. I, Ch. XIV, § 4. « Si quis vir uxorem suam invenerit adulteram et noluisset dimittere eam, sed in matrimonio suo adhuc habuerit, annos II pœniteat, II dies in ebdomada et jejunia religionis ant. quandiu ipsa pœniteat, abstineat se a matrimonio ejus, quia adulterium perpetravit illa ».

pêcher. » C'est ce que Saint Augustin avait dit (1) et c'est la doctrine qui devait l'emporter : c'est celle qu'admettent les Décrétales ; le chap. III du Titre de *Adulteriis* (V-XV) décide que le mari devra recevoir sa femme repentante après qu'elle aura fait pénitence (2).

Ainsi, les effets du *divortium quoad torum* cessaient de plein droit par la réconciliation des époux suivie de la reprise de la vie commune.

Mais une autre question se pose : en dehors de la reprise volontaire de la vie commune, les effets du *divortium quoad torum* pouvaient-ils être écartés et les époux pouvaient-ils se voir imposer la reprise de la vie commune ?

On se demandait, d'abord, si l'époux au profit duquel la séparation avait été prononcée ne pouvait pas y renoncer et forcer son conjoint à revenir avec lui. Goffredus se plaçant dans l'hypothèse du *divortium quoad torum* obtenu par le mari pour cause d'adultère de sa femme, se posait la question de savoir si le mari ne pourrait pas forcer sa femme à reprendre la vie commune malgré elle et il décidait qu'il le pourrait ; le

(1) August. Ad Pollent. II c. 6. « Nunc autem postea quam Christus ait adulteræ : *Nec ego te condemnabo, vade, deinceps noli peccare* (Joann. VIII), et quis non intelligit debere ignoscere maritum, quod videt ignovisse dominum amborum, nec jam se debere adulteram dicere cujus pœnitentis divina credit miseratione deletum ». (Panormie d'Ives de Chartres. Lib. VII, ch. XXXV).

(2) « Si vir sciens, uxorem suam deliquisse, quæ non egerit pœnitentiam, sed permanet in fornicatione sua, vixerit cum illa : vir reus erit et ejus peccati particeps. Quodsi mulier dimissa egerit pœnitentiam, et voluerit ad virum suum reverti, debet, sed non sæpe, recipere peccatricem, quæ pœnitentiam egit ».

conjoint innocent ne peut pas, dit-il être privé du droit qui lui appartient sur la personne de l'époux coupable, et, d'autre part, la femme ne peut pas se prévaloir d'une sentence qui a été prononcée contre elle ; enfin, si le mari ne pouvait pas forcer sa femme adultère à reprendre la vie commune, il arriverait que la femme, afin d'être définitivement séparée de son mari, n'hésiterait pas à commettre un adultère. Il est vrai, constate Goffredus, qu'il peut bien arriver qu'une sentence, par l'effet de la chose jugée, profite à ceux contre qui elle a été rendue ; néanmoins, il est d'avis que la femme, dans notre hypothèse, peut être forcée par son mari à reprendre la vie commune (1).

Hostiensis était du même avis et décidait que la femme adultère ne pourrait pas invoquer à son profit l'*exceptio rei judicatae*. (2).

(1) Goffredus IV-XIX. De divortiis, n° 6. « Item quaeritur an maritus post sententiam divortii possit adulteram sibi reconciliare invitam ? Videtur quod sic... Item innocens non privatur jure quod habet in persona nocentis : sed e converso, nec sententia prodierit mulieri contra quam latus est, nec poena praestabit immunitatem. Contingit et alias quod unus conjugum, habet servitutem in altero, altero amante. Item nisi vir posset reconciliare invitam uxorem daretur mulieribus occasio fornicandi. Nam aliqui hodie habentes maritos fornicarentur ut sic separate a viris numquam cohabitarent eisdem ; sed tollenda est materia fornicandi : ut infra eod. ti. quanto in si. Pro muliere autem facit sententia cui standum est nisi per superiorem fuerit revocata ; contingit autem casualiter quod sententia quodammodo prodest ei contra quem lata est : ut si plures sint rei debendi insoludum fertur sententia contra omnes ; jam ex re judicata non potest insoludum agi adversus singulos unde si unus partem solvit liberatur Puto in quaestio praemissa virum posse reconciliare uxorem etiam invitam. »

(2) Hostiensis. IV-XIX. De divortiis, n° 8, in fine. « Eam invitam potest (maritus) reconciliare, etiam si sententia lata sit... nec proderit mulieri exceptio rei judicatae. »

Panormitanus, enfin, généralisant cette solution, décidait que, dans tous les cas, l'époux innocent qui avait obtenu à son profit le *divortium quoad torum* pouvait forcer son conjoint à reprendre la vie commune, car ce n'est pas au profit de ce dernier que la sentence de séparation est intervenue (1).

Mais, en dehors de cette hypothèse de reprise forcée de la vie commune, les canonistes nous en signalent encore une autre : si l'époux qui avait obtenu le *divortium quoad torum* pour adultère de son conjoint venait, par la suite, à commettre lui-même un adultère, la réconciliation des époux s'imposait. C'est ce que décidait le ch. V du Titre « *De divortiis* » aux Décrétales (IV, XIX) ; d'après ce texte le mari qui après avoir renvoyé sa femme pour cause d'adultère commettait le même délit devait être forcé de retourner auprès de son épouse légitime (2). C'était, du reste, assez logique, puisque si cet état de choses s'était produit avant la sentence de *divortium quoad torum*, celle-ci n'aurait pas pu être prononcée.

On admettait donc que le juge pouvait, dans notre

(1) Panormitanus, sur C. V-X. De divortiis, IV-XIX n° 12. « Possit invita (uxor) reconciliari marito licet fuerit separata iudicio Ecclesiae, nam illa sententia sepeparationis fuit lata in favorem non delinquentis, ideo non debet retorqueri in ejus laesionem, maxime cum duret vinculum matrimoniale inter eos. »

(2) C. V. in fine. « Unde fraternitati tuae per apostolica scripta mandamus, quatenus, si res ita processit, praetaxatum virum appellatione remota ad legitimam uxorem per excommunicationis sententiam redire compellas, et, injuncta eidem poenitentia de commisso adulterio cum secunda, priorem maritali affectione ab ipso facias pertractari. »

hypothèse, imposer aux conjoints la *reassociatio*. Mais, est-ce que l'époux contre lequel avait été rendue la sentence pouvait demander contre son conjoint cette *reassociatio* ? Goffredus, après avoir indiqué que la question était controversée, concluait dans le sens de l'affirmative malgré les difficultés qui, comme il le constatait, pouvaient provenir du fait qu'il y avait eu chose jugée (1). Mais, cette opinion ne semble pas avoir triomphé et on admit seulement que le juge pourrait d'office imposer la *reconciliatio* : c'est là l'opinion de Panormitanus qui cite à l'appui de cette manière de voir la théorie d'Innocent IV, théorie à laquelle il déclare se rallier (2).

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'époux qui, après avoir obtenu à son profit une sentence de *divortium quoad torum* contre son conjoint pour adultère

(1) Goffredus IV, XIX. De divortiis, n° 13. « Sed quaeritur pone quod uxor separetur per sententiam a viro propter fornicationem spiritualem vel carnalem, postea vir similiter fornicatur : numquid mulier postest virum repetere cum effectu, sententia non obstante ? Videtur quod sic. Sed contra sententia bene lata non retractaretur, ut 69, 4 quod bene simul diffinitum est. Item mulier per sententiam servitutem amittit quam habebat in viro : unde servitus amissa non renascitur. Item et si exceptio criminis tollatur per replicationem criminis ut infra eo. Significasti et in praedicta decre. Intelleximus et 32 quaest. 6, per totum exceptio tamen rei judicatae per subsequens crimen non tollitur. In hac quaestione scripsit frater Raymundus in Summa sua se credere quod ecclesia ex officio suo compellere debeat virum ad uxorem redire. Puto tamen contrarium. »

[2] Panormitanus, sur C. V. X. De divortiis IV, XIX, n° 11. « Sed opinio communior et favorabilior est ut matrimonium reintegratur saltem ex officio iudicis, quod tenet Innocentius et hoc satis mihi placet, ne isti sic separati incidant in adulterium. Et quia, stante matrimoniali vinculo, non potest dici quod injuria sit illata mulieri seu ipsi matrimonio : ideo debet hinc inde fieri compensatio, et ex hoc nota quod sententia fuit lata super separatione matrimonii quoad torum, non tamen transit ex toto in rem judicatam. »

tombait dans un crime semblable, pouvait être forcé de reprendre la vie commune avec son conjoint.

Panormitanus justifiait cette solution en disant qu'ici la sentence ne ~~passait~~ pas entièrement en forme de chose jugée : le *divortium* n'était, en somme, prononcé que sous la condition que l'époux au profit de qui il intervenait ne commettrait pas lui-même un adultère.

La solution que nous venons de donner en ce qui concerne l'adultère devait être, semble-t-il, également admise en cas de *fornicatio spiritualis* : c'est ce que décidait le texte de Goffredus que nous venons de citer et qui parle d'une manière générale de « *fornicatioi spiritualis vel carnalis* ».

La « reassociatio » des époux s'imposait encore dans le cas où la cause qui avait fait admettre le *divortium quoad torum* venait à disparaître. C'est ainsi que ch. VIII du Titre « *De divortiis* » aux Décrétales (IV-XIX) décidait que si l'époux devenu hérétique ou infidèle revenait à sa foi première, la « reassociatio » devait être imposée (1). On n'appliquait pas cependant les mêmes principes au conjoint adultère qui avait fait pénitence. C'est ce que constatait Goffredus qui établissait un rapprochement entre les deux cas : l'époux innocent, dit-il n'est pas obligé de reprendre son conjoint adultère repentant ; au contraire, si l'époux devenu hérétique ou

(1) c. VII, in fine. « Per hanc ipsam responsioneſ illa ſolvitur quaestio, qua quaeritur, utrum ad eum, qui vel ab hæresi vel ab infidelitate revertitur, is, qui permansit in fide, redire cogatur ». Cf. la glose de ce texte.

apostat vient à abjurer son erreur, son conjoint qui avait obtenu le *divortium quoad torum* à son profit est obligé de revenir avec lui (1).

Mais, des difficultés ne tardèrent pas à s'élever à propos d'un autre texte des Décrétales, le chapitre qui précède immédiatement le chapitre VII au titre « *De divortiis* (IV-XIX). Ce texte décide que si la femme s'est séparée de sa propre autorité, « *sine iudicio ecclesiae* » de son mari tombé dans l'hérésie et que ce dernier vienne à se convertir, elle sera forcée de retourner avec lui ; mais, si, au contraire la femme a été séparée pour ce fait de son mari, *iudicio ecclesiae*, on décide qu'elle ne sera pas forcée de reprendre la vie commune avec lui, même après sa conversion (2). Se basant sur ce texte, beaucoup de canonistes soutinrent, alors, que la femme qui avait obtenu le *divortium quoad torum* contre son mari devenu hérétique ne serait pas forcée de retourner avec lui après sa conversion, mais à la condition d'entrer en religion : on lui donnait le choix ou de reprendre la vie commune ou de se consacrer à

(1) Goffredus. IV-XIX. De divortiis, n° 7. « Item si is qui spiritualiter fornicatur ad fidem redeat, alter compellitur conversum recipere et sibi reconciliare in casu quem habes infra tit *Gaudemus, in fine*, quod fornicatione carnali non contingit, potest, enim, innocens si vult, sibi reconciliare fornicantem carnaliter, sed non cogitur ».

(2) C. VI. « De illa vero, quae, viro suo labente in haeresim, ipsius consortium sine iudicio ecclesiae declinavit, utrum, revertente illo ad catholicam unitatem, ad redintegrandum matrimonium sit cogenda, videtur nobis, quod mulier maxime si ea intentione decessit, ut lapsus in haeresim taedio pariter et confusione affectus se ab errore suo converteret, ei, quum reversus fuerit, est reddenda, quae, etiamsi reverti noluerit, compellatur. Si vero iudicio ecclesiae ab eo sine spe matrimonii redintegrandum recessit., ad recepiendum eum nullatenus eam dicimus compellendam. »

la vie religieuse. C'est ce que décidait notamment Panormitanus (1).

Du reste, en admettant même que l'époux fût, dans tous les cas, forcé de reprendre la vie commune après la conversion de son conjoint, il avait un moyen très simple de se soustraire à cette éventualité, c'était de prononcer des vœux monastiques aussitôt après la sentence de *divortium quoad torum* : de cette manière il ne pouvait plus être question de reprise de la vie commune même si l'époux hérétique ou apostat venait à abjurer son erreur.

Ainsi le *divortium quoad torum* ne produisait pas, en principe, des effets définitifs et irrévocables : il devait d'abord cesser quand la cause qui l'avait fait admettre n'existait plus ou serait désormais paralysée par une fin de non-recevoir ; d'autre part, dans l'esprit de l'Eglise, la séparation de corps n'était qu'un remède provisoire : on espérait toujours que les époux désunis pour le moment retourneraient, tôt ou tard, l'un à l'autre, que l'époux innocent finirait par pardonner à son conjoint coupable mais repentant. Enfin, le *divortium quoad torum* pouvait n'être prononcé qu'*ad tempus*, pour un temps déterminé ; passé l'époque qui avait été fixée, l'époux qui avait obtenu la séparation devait re-

(1) Panormitanus, sur C. VI-X. De divortiis IV-XIX n° 5. « Concluendo ergo dico quod ant altero conjugum lapso in heresim alter recessit propria auctoritate et non compellitur redire ante conversionem alterius, sed post conversionem compellitur... Aut recessit iudicio ecclesiae et si vult intrare in religionem non compellitur redire ad conversum. » Cf : C. XX-X, De convers. conjug. III. XXXII.

tourner avec son conjoint. C'est le procédé qui pouvait être employé notamment en matière de *saevitia* : le juge voulait simplement laisser, ici, aux esprits le temps de se calmer.

Il est incontestable que la séparation de corps ainsi comprise était un remède bien préférable au divorce qui, brisant le lien qui unit les époux, enlève tout espoir de réconciliation, ou même que la séparation de corps telle qu'allait la concevoir la jurisprudence de parlements et, plus tard, le Code civil, séparation toujours prononcée pour une durée indéterminée et considérée comme formant un régime nouveau entre époux, régime dont le conjoint coupable est admis à se prévaloir aussi bien que le conjoint innocent.

APPENDICE

Le Concile de Trente et le « *divortium quoad torum* ».

Nous avons vu, jusqu'ici, comment le principe de l'indissolubilité avait fini par triompher et quelle a été l'évolution de la théorie de la séparation de corps, du *divortium quoad torum*. Avec le concile de Trente, nous arrivons à la consécration de tous les principes que nous avons développés jusqu'ici : l'Eglise allait affirmer solennellement une dernière fois le principe de l'indissolubilité du mariage, principe dont elle allait faire un dogme définitif ; elle allait, en même temps, affirmer la légitimité du *divortium quoad torum* prononcé pour temps déterminé ou pour une durée indéfinie et pour des causes multiples.

Sur ces deux points, en effet : indissolubilité absolue du lien conjugal et théorie du *divortium quoad torum*, l'Eglise avait à répondre aux attaques de la Réforme.

En ce qui concerne le premier point : attaques dirigées contre le principe de l'indissolubilité absolue du lien conjugal, nous passerons un peu rapidement car

c'est là une question qui ne rentre qu'indirectement dans notre sujet.

La doctrine de l'Eglise sur la question du divorce avait été repoussée par les diverses sectes protestantes : elles avaient déclaré que le principe de l'indissolubilité, s'il existait bien en principe, n'était pas, cependant, absolu, et elles admettaient que le divorce pouvait être prononcé pour certaines causes déterminées et notamment pour cause d'adultère en s'appuyant sur le texte de Saint Mathieu. Aussi, ce fut précisément à propos du divorce pour cause d'adultère que le concile de Trente dans sa 24^e session, en 1563 (1), allait avoir à affirmer catégoriquement que le principe de l'indissolubilité ne comportait aucune exception, que ce principe avait toujours été et restait absolu. Cependant, le Canon VII qui était destiné à condamner l'opinion de ceux qui soutenaient que le mariage pouvait être dissous pour cause d'adultère d'un des conjoints, dût subir plusieurs rédactions avant d'être voté sous une forme assez embarrassée.

Dans une première rédaction, on proposa de con :

(1) Le concile de Trente a eu 25 sessions. Convoqué pour la première fois à Mantoue en 1536, puis à Vicence, mais sans succès, il fut enfin convoqué à Trente où il se réunit le 1^{er} novembre 1542 : il mena ses travaux jusqu'en 1547 ; mais, à cette date, une épidémie obligea le concile à se transférer à Bologne, où, le 14 sept. 1547 il se prorogea « *ad beneplacitum concilii* », sans terme fixe. Le 14 nov. 1550, le concile fut convoqué de nouveau dans la ville de Trente où il siégea jusqu'au 28 avril 1552. Une nouvelle convocation eut lieu à Trente pour le jour de Pâques 1561, et le 4 décembre 1563 le concile fut définitivement clos.

damner formellement la thèse d'après laquelle l'adultère était un cas de dissolution du mariage : l'anathème était prononcé contre ceux qui soutenaient cette thèse (1). Mais plusieurs orateurs firent observer, tout en condamnant le divorce, que l'on se trouvait là en présence d'un point qui avait autrefois soulevé des doutes et qu'en votant une rédaction aussi sévère, on risquait de frapper d'anathème certains pères de l'Eglise qui avaient admis la possibilité d'un divorce pour cause d'adultère en interprétant à la lettre le texte de St-Mathieu (2).

A cela vint s'ajouter une pétition des orateurs de la République de Venise aux membres du Concile, leur faisant remarquer que leur République suivait les coutumes de l'Eglise grecque tout en reconnaissant la suprématie du pape : or, l'Eglise grecque admettait le divorce pour cause d'adultère ; ils demandaient qu'on ne les frappât pas d'anathème, à ce sujet. Cette pétition jointe aux observations qui avaient été présentées par certains membres du Concile allait faire adopter la rédaction proposée par les Vénitiens, rédaction qui se bornait à viser la doctrine et la tradition de l'Eglise

(1) Theiner. *Acta concilii Tridentini*. T. II, p. 313. « Si quis dixerit, propter adulterium alterius conjugum posse matrimonium dissolvi, et utique conjugum, vel saltem innocentium, qui causam adulterio non dederit, licere novare conjugium ; neque mœchari eum, qui, dimissa adultera aliam duxerit ; neque eam, quae, dimisso adulterio, alii nupsit : anathema sit. »

(2) Voy. la revue des observations faites par les délégués sur ce texte, dans Theiner, II, pages 316-332.

occidentale ou romaine sur la question (1), lorsque le Cardinal de Lorraine vint proposer d'ajouter à ce texte une addition qui devait tout embrouiller : il demandait que l'on ajoutât que cette doctrine de l'Eglise romaine était conforme aux Ecritures. Mais, alors, c'était déclarer, implicitement, que la doctrine de l'Eglise grecque était fausse et la condamner. Néanmoins on fit droit à cette dernière demande et l'on proposa une nouvelle rédaction combinant le texte apporté par les Vénitiens avec la formule du Cardinal de Lorraine : ce fut cette rédaction qui, après de légères modifications, fut adoptée.

Voici comment est conçu le canon VII tel qu'il fut définitivement voté : « Si quelqu'un prétend que l'Eglise se trompe lorsqu'elle enseigne, conformément à la doctrine évangélique et apostolique, que l'adultère de l'un des époux n'autorise pas la dissolution du mariage ; qu'il est interdit à tous les deux, même à l'époux innocent, de se remarier du vivant de leur conjoint, et, enfin, que celui-là ou celle-là commet un adultère qui

(1) Theiner. op. cit. T. II, page 338. « Si quis dixerit, sacrosanctam romanam catholicam et apostolicam Ecclesiam, quae est aliarum omnium magistra, errasse, vel errare, quando propter adulterium alterius conjugum docuit et docet, matrimonium non posse dissolvi, et utrumque conjugum vel saltem innocentem, qui causam adulterio non dederit, non debere, altero conjugue vivente, aliud matrimonium contrahere, et moechari eum, qui dimissa adutera, aliam duxerit, et eam, quae demisso adultero, alii nupserit : anathema sit. »

ayant renvoyé son époux coupable, en prend un autre : qu'il soit anathème (1).

Par suite du vote de ce texte, le principe de l'indissolubilité absolue du lien conjugal devenait une question de dogme : c'est ainsi que les théologiens catholiques l'ont toujours entendu, et le renvoi aux Ecritures ne permet guère de donner une autre interprétation.

Mais, le canon VII ne condamnait que le divorce pour cause d'adultère ; sur l'observation du cardinal de Lorraine, le Concile lança l'anathème contre ceux qui soutenaient que le mariage pouvait être dissous pour d'autres causes encore que pour adultère. Ce fut l'objet du canon V. « Si quelqu'un prétend que pour cause d'hérésie, d'incompatibilité d'humeur ou d'absence volontaire, le lien du mariage peut être rompu par l'époux : qu'il soit anathème » (2).

Telle était donc la réponse du Concile de Trente aux attaques dont le principe de l'indissolubilité absolue était l'objet de la part des Réformés.

La théorie canonique du *divortium quoad torum* n'était pas moins attaquée par la Réforme que celle de

(1) Teiner op. cit. Tome II, page 425. « Si quis dixerit, ecclesiam errare, quod, juxta evangelicam et apostolicam doctrinam propter adulterium alterius conjugum matrimonii vinculum non posse dissolvi, docuit et docet ; et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjugé vivente, aliud matrimonium contrahere ; mœcharique eum, qui dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quae dimisso adultero, alii nupserit : anathema sit ».

(2) Theiner. op. cit. Tome II, page 424. « Si quis dixerit, propter haeresim, aut molestam cohabitationem, aut affectam absentiam a conjugé dissolvi posse matrimonii vinculum : anathema sit »,

l'indissolubilité elle-même. Les attaques portaient sur les deux points suivants.

D'une part, c'était l'institution même du *divortium quoad torum* qui était critiquée. Il y a là, disaient les protestants, une institution qui a été créée de toutes pièces par l'Eglise romaine et qui ne repose sur aucun texte : on n'en trouve pas trace aux débuts du christianisme. Du reste, disait Luther, qu'est-ce qu'un mariage qui continue à exister alors que les époux sont déliés de leurs devoirs l'un envers l'autre et ne restent plus ensemble ; c'est un mariage qui ne subsiste plus qu'en peinture et en rêve, « eine gemalete und geträumete Ehe » (1).

D'autre part, ajoutait-on, même en admettant que le *divortium quoad torum* soit une institution légitime, il aurait, tout au moins, fallu s'en tenir au passage de saint Mathieu, qui ne permet qu'une seule cause de séparation, la *fornicatio* ; or, l'Eglise permet la séparation pour d'autres causes, ce qui, disait-on, est arbitraire.

Il fallait que le concile de Trente répondit à ces critiques, aussi le premier projet consacrait-il à cet objet la seconde partie de son canon VIII : ce texte lançait l'anathème contre ceux qui prétendaient que l'Eglise errait en prononçant le *divortium quoad torum seu quoad cohabitationem* perpétuellement ou à temps pour

(1) Richter-Lehrbuch des Katholischen und-evangelischen Kirchenrechts page 1.178. note 14.

des causes autres que l'adultère (1). Ce texte, dans sa rédaction, amena quelques critiques. L'évêque de Barcelone proposait de remplacer le mot *divortium quoad torum* par celui de *separatio a toro* ; d'autres proposaient une rédaction identique (2). On voulait, par là, éviter toute confusion possible entre le divorce et la séparation de corps. Une autre critique venait de ce que le canon VIII visait, à la fois, la dissolution du *matri-monium non consummatum*, dans sa première partie, et le *divortium quoad torum*, dans sa seconde partie, deux choses qu'il importait de bien distinguer (3).

Ces critiques parurent fondées et le projet qui fut présenté en seconde lecture en avait tenu compte : le canon VIII s'occupait dorénavant uniquement de la séparation de corps et le terme de *divortium quoad torum* était remplacé par celui de *separatio quoad torum* (4). Cette seconde rédaction semblait donc devoir être acceptée sans difficulté. Cependant le Cardinal de Lorraine demanda une nouvelle correction : il proposa

(1) Theiner. op. cit. Tome II, page 313. « Si quis dixerit.... ecclesiam errare dum ob alias causas praeter adulterium, facit divortium quoad thorum seu quoad cohabitationem, ad tempus vel perpetuo : anathema sit. »

(2) Barchinonensis (Theiner, op. cit., Tome II, page 329). « In VIII. ubi dicitur, divortium, separatio a thoro. » Civitatis Castelli (Theiner, op. cit., Tome II, page 328). « In VIII. loco, divortium, dicatur, separatio thori. »

(3) Auriensis (Theiner. op. cit. Tome II, page 324). « In VIII. deletur, omni fraude cessante : et simpliciter hic canon non placet quia immiscet dissortium propter fornicationem cum aliis divortiis. »

(4) Theiner. op. cit. Tome II. page 335. « Si quis dixerit ecclesiam errare, cum ob alias causas praeter adulterium facit separationem inter conjuges quoad thorum, seu cohabitationem ad tempus, vel perpetuo : anathema sit. »

de supprimer les mots *vel perpetuo* (1) ; « il voulait sans aucun doute, dit M. Esmein (2), qu'on évitât de présenter comme naturellement perpétuelle la séparation prononcée par l'Eglise ». Il est vrai, en effet, que le *divortium quoad torum* n'avait jamais été considéré par l'Eglise comme étant, de son essence, perpétuel, alors même qu'il n'était pas prononcé pour un temps déterminé : nous avons vu, plus haut, que les époux pouvaient être obligés, dans certains cas de reprendre la vie commune. Cette critique rencontra, toutefois, des adversaires qui soutinrent qu'il ne fallait pas retirer le mot « *perpetuo* », car il y a, disaient-ils, des cas dans lesquels une séparation perpétuelle peut être prononcée, par exemple en cas d'hérésie (3). Pour mettre tout le monde d'accord, on résolut, alors, de remplacer le mot *perpetuo* par l'expression « *ad incertum tempus* » (4).

Mais ce n'était pas là encore la rédaction qui devait l'emporter ; ce fut une quatrième rédaction conçue en termes plus généraux qui fut définitivement votée : en voici la traduction. « Si quelqu'un dit que l'Eglise se trompe lorsqu'elle décide que beaucoup de causes auto-

(1) Card. Lothoringus. (Theiner. op. cit. Tome II. page 338). « Et VIII. hoc modo : Si quis dixerit ecclesiam errare, cum facit separationem inter conjuges quoad torum seu cohabitationem ad tempus : anathema sit »

(2) Op. cit. Tome II. page 309-310.

(3) Almeriensis (Theiner. op. cit. tome II, page 358) « In VIII. maneat verbum, perpetuo ; quia propter haeresim subsequentem potest fieri separatio perpetua ».

(4) Theiner. op. cit. Tome II, page 387. « Si quis dixerit, ecclesiam errare, cum ob alias causas, praeter adulterium separationem inter conjuges quoad torum seu cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse decernit : anathema sit. »

risent la séparation des époux quant au lit ou quant à la cohabitation, pour un temps déterminé ou indéterminé : qu'il soit anathème ». (1). Ainsi qu'on le voit, dans la rédaction définitive, on ne visait plus l'adultère, on se bornait à déclarer que le *divortium quoad torum* pouvait être prononcé pour beaucoup de causes et pour un temps soit déterminé soit indéterminé.

Le Concile de Trente se borna donc à consacrer purement et simplement la doctrine canonique sur le *divortium quoad torum* et la jurisprudence postérieure des officialités ne modifia aucunement cette doctrine. Nous ne dirons donc rien du *divortium quoad torum* postérieur au Concile de Trente : il n'y aurait là qu'une répétition de tout ce que nous avons dit jusqu'ici.

(1) Teiner. op. cit, Tome II, page 425. « Si quis dixerit ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter conjuges, quoad thorum, sen quoad cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse decernit : anathema sit ».

TITRE III

La séparation de corps d'après la jurisprudence des Parlements

Après le concile de Trente, les officialités restèrent compétentes pour juger les causes de séparation de corps, mais cette compétence ne devait pas tarder à être battue en brèche, car les Parlements allaient bientôt revendiquer la connaissance de ces causes. Ce revirement ne s'opéra pas, du reste, brusquement : il ne fut pas le produit d'une ordonnance ou d'un changement subit de jurisprudence, il ne s'opéra que par une évolution prudente que nous retracerons dans notre chapitre II « Du juge compétent » Mais, il importe, dès maintenant, de voir quelles sont les causes générales qui ont contribué à retirer à la justice ecclésiastique la connaissance des causes de séparation de corps.

Or, la cause primordiale qui est la base même de ce revirement, ce fut la non-réception en France du Concile de Trente qui força la royauté à prendre pour son compte

un certain nombre de dispositions réglées par ce concile, ce qui devait l'amener tout naturellement à revendiquer en partie la connaissance des causes matrimoniales sur lesquelles elle légiférerait désormais.

Les décisions du Concile de Trente devaient être rendues obligatoires dès l'année 1564, aussi les Etats catholiques publièrent-ils successivement les dispositions de ce Concile afin de leur donner une autorité officielle. En France, au contraire, il ne devait jamais être publié par le roi sous prétexte qu'il portait atteinte aux droits du roi et aux libertés de l'Eglise Gallicane ; il fallait y suppléer : la royauté fut ainsi amenée à reprendre pour son compte un certain nombre de mesures adoptées par le Concile, notamment celles ayant trait aux solennités de formes. C'est là, la cause générale qui allait favoriser la revendication par l'Etat de certaines causes matrimoniales, et, tout d'abord, de celles concernant les séparations de corps.

L'Etat, du reste, allait être encouragé dans cette voie par la doctrine des civilistes Gallicans dont il est indispensable de dire quelques mots (1).

Cette doctrine commença à se manifester nettement dans un traité de Launoy de l'an 1674, intitulé « *Regia in matrimonium potestas* ». Pour cet auteur, il existe

(1) Voy. sur ce point. Lefebvre, op. cit., pages 105 à 115 et Basdevant. Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code Civil, Thèse Paris 1900, pages 31 et suivantes.

dans le mariage deux choses ; un contrat civil et un sacrement, et c'est le contrat qui forme la matière préalable et indispensable du sacrement (1). Il en conclut que le mariage en tant que contrat civil doit dépendre des princes séculiers qui seuls doivent pouvoir en prononcer la validité ou l'annulation.

Mais, la plupart des auteurs civilistes, tout en admettant qu'il y avait bien dans le mariage un contrat civil à côté et en dehors du sacrement, n'allèrent pas aussi loin que Launoy : ils admirent que la compétence sur les questions matrimoniales devait se partager entre les pouvoirs laïc et ecclésiastique qui devaient s'entendre entre eux à ce sujet. Telle est la thèse soutenue, notamment, par Gerbais dans son « *Traité du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empêchements de mariage* » paru en 1690 et par le chancelier de Pontchartrain dans une lettre datée du 3 septembre 1712 et adressée au premier président du Parlement de Besançon : « Comme le mariage, dit-il, est en même temps un contrat civil et un sacrement, il est également soumis aux deux puissances, même par rapport à la validité du lien. Le contrat dépend absolument de la puissance séculière : le sacrement dépend uniquement de la puissance ecclésiastique : et comme il n'y a pas de mariage valable parmi nous, s'il n'est élevé à la dignité de

(1) Launoy-Regia in matrimonium potestas. page 50. « Ratio sacramenti matrimonio superveniens humanum contractum non mutat, sed potius uti idoneam materiem supponit. »

sacrement, et que, réciproquement, il n'y a pas de sacrement où il n'y a pas de contrat et de consentement légitime, il est évident que l'Eglise et l'Etat exercent également leur autorité sur le mariage considéré en même temps comme contrat et comme sacrement » (1).

Pothier, un peu plus tard, soutient une doctrine analogue : de ce que le mariage est, dit-il, contrat civil et sacrement, il résulte qu'il est soumis, à la fois, aux lois séculières et aux lois de l'Eglise (2) ; mais les empêchements « que l'Eglise établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement, et ne peuvent seuls et par eux-mêmes, donner atteinte au contrat civil (3) ». C'est, du reste, le contrat civil qui est la matière du sacrement de mariage et si le contrat est nul il ne saurait y avoir de sacrement valable (4).

Un auteur, Le Ridant, alla plus loin : plus hardi que Launoy lui-même qui n'avait fait qu'affirmer la prédo-

(1) Code matrimonial, tome I, pages 192 et sq.

(2) Pothier. Traité du contrat de mariage, n° 19. « Le mariage étant contrat civil et sacrement ; s'il est, en tant que contrat civil soumis aux lois séculières, il est, en tant que sacrement, soumis aux règles de l'Eglise. C'est pourquoi nous n'avons garde de nous élever contre le décret du concile de Trente, qui frappe d'anathème ceux qui contestent à l'Eglise le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage. (Sess. 24 c. 4) ».

(3) Pothier. Ibid, n° 20.

(4) Pothier, ibid. « Il n'y a pas non plus, en ce cas (si le contrat civil est nul), de sacrement du mariage, car il ne peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est la matière. Le contrat civil étant la matière du sacrement de mariage, il ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul ; de même qu'il ne peut y avoir un sacrement de baptême sans l'eau qui en est la matière. »

minance du contrat sur le sacrement, Le Ridant soutiendra que le sacrement n'est qu'un « rit extérieur » sans influence sur la validité du mariage, « que le mariage n'est pas un sacrement, mais seulement qu'il est béni par un sacrement (1). » Il en conclura qu'à l'Etat seul juge du contrat civil, il appartient de connaître de la validité du mariage et de créer des empêchements dirimants : comment, du reste, dit-il en s'en prenant aux partisans des deux pouvoirs, créer deux classes d'empêchements, dont les uns seraient du domaine de l'Eglise et les autres de la compétence du pouvoir séculier ? C'est là quelque chose de chimérique, car tous les empêchements tombent sur le contrat, aucun ne tombe directement sur le sacrement (2).

Telles sont donc les causes générales qui ont amené la puissance séculière à revendiquer la connaissance, sinon de toutes les questions matrimoniales, comme certains le voulaient, du moins de celles que l'on prétendait ne pas toucher au sacrement et parmi lesquelles on comprit au premier rang celles concernant les séparations de corps. Nous verrons, du reste, dans notre chapitre II « Du juge compétent en matière de séparation de corps » quelles sont les raisons spéciales qui ont été invoquées pour justifier la dépossession de l'Eglise en cette matière.

(1) Le Ridant. Examen de deux questions importantes sur le mariage. Livre III, Ch. II, Sect. VIX, page 316.

(2) Le Ridant, op. cit. Préface, pages 15 et 16.

CHAPITRE I

Les causes de séparation de corps dans l'ancien droit français. Tendance à la restriction

La jurisprudence séculière sur les causes de séparation de corps est sensiblement différente de la jurisprudence et de la doctrine canoniques sur les causes de *divortium quoad torum* : cette jurisprudence est beaucoup plus dure que celle du droit canon ; elle est, en même temps beaucoup moins juste et beaucoup plus arbitraire. Pothier, en effet, nous dit que la séparation de corps est, avant tout, affaire de jurisprudence : les causes doivent être laissées à « l'arbitrage et à la prudence des juges » (1) ; et, d'autre part, on distingue selon que cette séparation est demandée par l'homme ou par la femme : contrairement au droit canonique qui admettait le principe de l'égalité des sexes, la jurisprudence des Parlements consacre le principe contraire en décidant que les causes de séparation ne sont pas les mêmes pour la femme et pour le mari.

(1) Pothier. Traité du contrat de mariage, n° 508, in fine. « C'est pourquoi on doit laisser entièrement à l'arbitrage et à la prudence des juges les causes de séparation. Il ne doit pas être trop facile à l'accorder pour des dissensions passagères, ni trop difficile, lorsqu'il aperçoit dans les parties une antipathie et une haine invétérées, que la cohabitation ne pourrait qu'augmenter si on les laissaient ensemble. »

Quelles sont donc les causes de séparation de corps d'après la jurisprudence civile des Parlements ?

Nous diviserons nos explications sur ce point en deux paragraphes en distinguant, comme le font Pothier et les autres auteurs, suivant que la séparation est demandée par la femme contre son mari ou par le mari contre sa femme.

§ I Causes de séparation de corps qui peuvent être invoquées par la femme contre son mari.

Pothier commence, tout d'abord, par poser en principe qu'il n'est permis à la femme de demander la séparation d'habitation que pour de très grandes causes. « Elle est obligée, dit-il, dans le for de sa conscience, à s'attirer par sa douceur et par ses complaisances, les bonnes grâces de son mari ; et si en faisant tout ce qui est en son pouvoir, elle ne peut y parvenir, elle ne doit opposer que la patience aux mauvaises manières de son mari, et même à ses mauvais traitements : elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu, et comme une croix qu'il lui envoie pour expier ses péchés. Cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occasions, au devant de tout ce qui peut faire plaisir à son mari, et elle ne doit pas le quitter, à moins que les choses ne soit portées aux plus grandes extrémités. » (1)

(1) Pothier, n° 507, cf. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, de Guyot V^o. Séparation de corps. Article de Merlin § 1 « On peut bien dire en général qu'on doit accorder le remède de la séparation de corps à une femme qui a considérablement à souffrir de la haine de son mari. »

Il résulte bien de là, comme nous le disions plus haut, que la séparation de corps est devenue, avec la compétence du juge laïc, plus difficile à obtenir, qu'il s'est produit une restriction des causes de séparation.

Les causes qui peuvent, désormais, servir à la femme de fondement à une demande en séparation de corps se ramènent à deux : 1^o les mauvais traitements du mari ; 2^o les diffamations et injures graves dont elle est victime de la part de ce dernier.

1 *Les mauvais traitements du mari.* — Les mauvais traitements que le mari faisait subir à sa femme étaient la cause la plus commune de séparation. Mais, fallait-il que ces mauvais traitements aillent jusqu'à faire craindre pour les jours de la femme ? Denisart se prononçait pour l'affirmative, au moins lorsqu'il s'agissait « d'une femme du commun » (1), et on trouve dans Boniface un arrêt de la Cour du Parlement de Provence du 12 juin 1655 qui exige pour que la séparation puisse être prononcée un attentat sur la vie (2), mais Pothier

(1) Denisart. Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle, v^o *Séparation entre mari et femme*, n^o 6. « Notre jurisprudence n'accorde la séparation de corps et d'habitation, que quand la femme articule et prouve des faits graves qui font appréhender pour sa vie. » Et plus loin, au n^o 11. « Ainsi donc, dans la thèse générale, quand une femme du commun demande la séparation de corps et d'habitation, il faut qu'elle articule des faits graves dont il puisse résulter que sa vie est en danger. »

(2) Boniface. Arrest notables de la Cour du Parlement de Provence Liv. V. Tit. VIII, ch. II. « L'arrêt fondé sur ce que les sévices du mari donnent lieu à la femme de demander d'être séparée de lui de corps et de biens, suivant la Nouvelle 117, ch. 9, et l'autorité d'Argentré sur l'art. 429. glos. 5 qui cite le chapitre *Uterus* ext. de *restitutio spoliator*. cap. 2 ext. de *donatio*. et cap. *Intelligimus* ext. de *adulter* ; néanmoins les menaces dont il était question, n'étaient point des causes suffisantes de séparation, mais il eût fallu qu'il eût attenté sur sa vie suivant la Loy consensu C. de repudiis, et ladite Nouvelle. »

ne va pas aussi loin et ne semble pas exiger cette condition : que les jours de la femme soient en danger. « Les mauvais traitements que le mari exerce envers sa femme lorsqu'ils ont été jusqu'à la frapper, ou à la poursuivre pour la frapper, sont une des causes ordinaires de séparation », se borne-t-il à dire (1).

Le juge devait, du reste, dans l'appréciation de la gravité des sévices exercés par le mari sur sa femme, tenir compte de plusieurs éléments.

1^o Il devait, d'abord, avoir égard à la qualité des parties. « Un soufflet ou un coup de poing qu'un homme aura donné à sa femme, qui pourrait être une cause de séparation entre des personnes de condition honnête, n'en sera pas une entre des gens du bas peuple, à moins qu'ils n'aient été souvent réitérés », nous dit Pothier (2).

2^o Il devait, en outre, considérer quelle était la cause de ces mauvais traitements, et voir si ce n'était pas la femme qui, par sa mauvaise conduite, avait poussé à bout son mari, ce qui pourrait, dans une certaine limite excuser ce dernier. « Il doit entrer en considération, si c'est à propos de rien ou pour des sujets légers que le mari s'est porté à ces excès, ou si ce n'est qu'après que sa femme avait, par des discours outrageants, poussé sa patience à bout (3).

(1) Pothier, n^o 509.

(2) Pothier, n^o 509. Cf. : Merlin op. cit. § 1. I., citant un arrêt du 11 mai 1769 de la Cour de Nancy, qui a prononcé la séparation d'une femme qui était atteinte d'un cancer et que son mari « au lieu de laisser jouir d'une tranquillité qu'exigeait son état » tourmentait sans cesse de frayeurs continuelles (apparition de fantômes, etc...)

(3) Pothier. *ibid.*

3^e Enfin, le juge devait prendre en considération ce fait que les excès allégués n'avaient eu lieu qu'une seule fois, les époux ayant toujours fait bon ménage auparavant : la séparation ne pouvait être d'ordinaire prononcée que si les sévices dont se plaignait la femme étaient habituels. « Enfin, si c'est dans une occasion unique que l'homme s'est porté à ces excès, avant laquelle les parties avaient toujours vécu en bonne union, le juge, selon les différentes circonstances, doit être plus ou moins facile à accorder la séparation » (1).

Mais, pour que la femme pût invoquer les mauvais traitements de son mari, il ne fallait pas qu'une réconciliation soit intervenue depuis : dans ce cas, en effet, le mari aurait pu lui opposer cette réconciliation comme fin de non-recevoir et faire échouer sa demande. Il fallait, du reste, pour cela que la réconciliation eût été sincère, sans arrière-pensée : le fait par la femme d'avoir attendu quelque temps, par un effort de patience, avant de demander la séparation, n'aurait pu être considéré comme une véritable réconciliation capable d'être opposée comme fin de non-recevoir (2).

(1) Pothier. *ibid.*

(2) Guyot. *Op. cit.* V^e Séparation de corps, art. de Merlin, § 1 - I. Il est de principe, que l'injure s'éteint par la réconciliation, Ainsi lorsqu'après avoir essuyé de mauvais traitements de la part de son mari, la femme se reconcilie avec lui, elle n'est plus recevable à demander sa séparation. Si cependant il ne paraissait pas que la réconciliation eût été bien sincère, la femme serait encore écoutée. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 29 août 1724, que M. Lépine de Granville nous a conservé dans son recueil. « Le procès, dit-il, était entre gens d'une condition distinguée. Il y avait preuve que le mari « était coupable d'injures atroces, d'un mépris continuél, de refus des

2. *Injures graves et diffamations.* — Les auteurs et la jurisprudence assimilaient aux mauvais traitements physiques les mauvais traitements moraux, si l'on peut ainsi s'exprimer, c'est-à-dire ce que le code civil actuel appelle les « injures graves ».

« Ne croyons pas, dit Merlin (1), qu'il n'y ait de mauvais traitements capables de séparer une femme de son mari que ceux qui consistent en coups. Les chagrins, les peines, les traverses peuvent et doivent jusqu'à un certain point, être mis sur la même ligne. Qu'importe qu'une femme meure de douleur à la suite des outrages continuels d'un mari qui la hait, ou qu'elle expire sous l'effort des coups meurtrier dont il l'accable. ? Le mari n'est pas moins dans un cas que dans l'autre, l'homicide de sa femme, et le remède de la séparation n'est pas moins établi pour prévenir le premier malheur que pour détourner le second. »

Pothier cite comme exemple une sentence du bailliage d'Orléans confirmée par arrêt contradictoire. « Le mari n'avait jamais frappé sa femme ni tenter de la frapper, mais dès la première année de leur mariage et

« choses les plus nécessaires dans un temps où la femme était malade ; de l'avoir forcée d'habiter seule dans un pavillon presque découvert, de l'avoir exclue de sa table. Il est vrai qu'elle avait paru se réconcilier avec lui postérieurement à de pareils mauvais traitements ; mais il n'y avait point eu précédemment de plainte rendue ni d'action intentée ; et l'on a jugé que cette réunion apparente devait être plutôt considérée comme un effort de patience qui lui était devenu inutile par la continuation des mauvais traitements qui avaient suivi cette espèce de réunion ».

(1) Article cité. § 1. I.

pendant toutes celles qui avaient suivi, il n'avait cessé de lui témoigner le plus grand mépris, dans toutes les occasions, devant les personnes qui fréquentaient la maison, devant les domestiques, et même devant leurs enfants communs que le père excitait à se moquer de leur mère. La preuve de ces faits ayant été faite par l'enquête de la femme, il intervint sentence du bailliage d'Orléans qui la sépara d'habitation ; et cette sentence a été depuis confirmée par arrêt contradictoire. » (1) On trouve, d'autre part, rapportée dans le recueil de Boniface, un arrêt du 30 juin 1661 qui a prononcé la séparation de corps et de biens d'une femme avec son mari jaloux pour ses extravagances, outrages et persécutions. (2)

Enfin, la diffamation était également rangée parmi les causes de séparation que la femme pouvait invoquer contre son mari : il y avait là, en effet, une espèce d'injure particulièrement grave.

Pothier cite, comme exemple de diffamation, l'accusation d'un crime capital intentée calomnieusement par un mari contre sa femme et rapporte en ce sens un arrêt de 1716 et un autre juillet 1695, rendu sur les conclusions de D'Aguesseau : dans ce dernier arrêt, le mari avait accusé sa femme du crime de suppression de part ; celle-ci, outrée de cette calomnie, intenta contre son mari une demande en séparation d'habitation : l'arrêt qui inter-

(1) Pothier, n° 510.

(2) Boniface. op. cit. Livre V, tit. VIII, ch. III.

vint jugea l'accusation calomnieuse et fit droit à la demande de la femme (1). Denisart cite d'autres arrêts dans le même sens, notamment un arrêt de la Chambre des enquêtes de 1723 ayant prononcé la séparation d'habitation au profit d'une femme contre laquelle son mari avait articulé des faits d'adultère, de poison et de blasphème (2).

Merlin mentionne comme autre espèce de diffamation suffisante pour entraîner la séparation de corps, « celle qui s'exerce par des libelles ou de simples propos (3) ». Il cite en ce sens un arrêt du 13 avril 1732 rapporté par Denisart (4) et deux autres de l'année 1782.

Il n'était pas, du reste, nécessaire pour que la femme puisse demander la séparation que la diffamation ait été publique. « Une femme de condition, dit Merlin (5), élevée dans les principes les plus sévères sur l'article de l'honneur, est admise à se séparer d'un époux qui, chaque jour, se fait un jeu de la calomnier, même dans

(1) Pothier, n° 512.

(2) Denisart, op. cit., v°. Séparations entre mari et femmes n° 72 à 75.

(3) Merlin. Article cité, § 1. I. 2°.

(4) Denisart, v°. Séparations entre mari et femme, n° 75. « Par arrêt rendu le 13 avril 1734, plaidants M^{re} Manory et l'Averdy, la Cour a confirmé une sentence du Châtelet, par laquelle la dame Monet était admise à prouver que son mari avait publié que l'enfant dont elle était grosse n'était pas de lui, que c'était une P..., etc., qu'elle l'avait voulu empoisonner plusieurs fois; et comme l'enquête faite en conséquence de cet arrêt contenait une preuve complète de la diffamation (elle ne prouvait pas cependant le fait du poison), la Cour prononça la séparation, plaidants les mêmes avocats, sur les conclusions de M. Joly de Fleury, avocat général, par arrêt rendu le 24 mai 1735. »

(5) Merlin. Article cité § 1. I. 2°.

l'intérieur de sa maison, et d'irriter sa juste sensibilité par l'imputation de fautes qui la déshonoreraient si elles étaient réelles. C'est, dit M. Houard (1), l'espèce dans laquelle se trouvait, en 1752, la marquise de C..., qui, au rapport de M. de la Tournerie, fut appointée par arrêt du Parlement de Rouen, à prouver que son époux lui avait plusieurs fois reproché un commerce criminel avec ses propres domestiques, et des démarches suspectes dans un hôtel où logeaient des officiers. »

Huerne de la Mothe cite encore un cas se rattachant à la diffamation et dans lequel la femme pouvait demander la séparation : c'est celui où la femme a été séquestrée en vertu d'une lettre de cachet surprise au gouvernement par les imputations calomnieuses et clandestines de son mari ; mais il constate qu'en fait la séparation de corps ne pourra jamais être prononcée en pareille occurrence, car la jurisprudence exige la preuve de ce fait, que l'ordre d'enfermer la femme soit intervenu à la requête et aux poursuites du mari, ce qui est pratiquement impossible (2).

(1) Houard. Dictionnaire de droit normand, v^o Femme.

(2) Huerne de la Mothe. Essais de jurisprudence, tome II, pages 284 et 285. « Il s'est élevé une difficulté de nos jours au sujet des ordres surpris au Prince pour faire enfermer une femme : tout le monde convient, et, en effet, on ne peut disconvenir que ces ordres surpris n'aient pour motif le dernier degré de la haine du mari, qui veut éluder la vue d'un Tribunal exact. On ne peut disconvenir que cette surprise d'ordres respectables ne soit un attentat réel, qui mérite l'effet de la séparation : aussi pour éluder ce premier cri de la droite raison, on demande avec une témérité présomptueuse que l'on prouve que cet ordre soit à la requête et aux poursuites du mari ; et comme l'on sait que le sanctuaire du prince est un sanctuaire sacré et impénétrable, que le prince n'est comptable qu'à Dieu seul de ses ordres, un mari regarde ce mystère comme le conservateur de ses droits. » Voir un arrêt de 1756 rapporté par Merlin, art. cité, § 1, I, 2^o.

Telles étaient les seules causes de séparation de corps que pouvait invoquer la femme. On voit qu'elles diffèrent notablement de celles qu'avaient admises le droit canonique : c'est ainsi que l'hérésie ne figure plus dans la liste de ces causes. C'est ce que constate Pothier qui en donne pour raison un motif qui nous paraît aujourd'hui vraiment singulier : « Le chapitre *Quaesivil*, Extr. de *Divort*, dit-il, rapporte une autre cause de séparation d'habitation, qui est le cas auquel le mari aurait fait profession ouverte d'hérésie, à cause du danger que la femme court que son mari ne la pervertisse. Cette décrétale ne peut recevoir aujourd'hui d'application en France, où il n'y a qu'une religion » (1). De même, le « casus apostoli » que nous avons rapproché du *divortium quoad torum* pour hérésie ou apostasie, fut également écarté par la jurisprudence des Parlements : c'est ce que décide l'arrêt rendu le 2 janvier 1758 dans la fameuse affaire Borach Lévy ; ce dernier s'étant fait baptiser prétendait quitter sa femme juive et en épouser une chrétienne, mais il fut débouté de sa demande.

On admit également que la femme ne pourrait pas demander la séparation pour cause d'adultère de son mari même commis dans la maison conjugale, ce qui était souverainement injuste puisque l'homme, d'autre part, était toujours admis à poursuivre l'adultère de sa femme et à se faire séparer de cette dernière. On rom-

(1) Pothier, n° 513.

pait, ainsi, avec la tradition chrétienne qui a toujours admis, en cette matière, l'égalité absolue des sexes, et l'on ne peut s'empêcher de rapprocher, ici, ces belles paroles de Saint Jérôme si souvent citée : « Apud nos, quod non licet facininis aeque non licet viris et eadem servitus pari conditione censetur », de ces faibles raisons par lesquelles Polhier essaie de justifier le principe contraire : « Les adultères commis par le mari, dit-il, ne peuvent servir à une femme de fondement pour une demande en séparation d'habitation : les femmes ne sont pas admises dans les tribunaux, à la preuve de ces faits ; au lieu qu'au contraire l'homme est reçu à former contre sa femme l'accusation d'adultère, comme nous le verrons au chapitre suivant.

« C'est ce dont se plaint, dans Juvénal, une certaine Laronia :

« *Dat veniam corvis* (dit-elle), *vexat censura columbas* (Sat. 2).

« La raison de cette différence est évidente : l'adultère que commet la femme est infiniment plus contraire au bon ordre de la société civile, puisqu'il tend à dépouiller les familles, et à en faire passer les biens à des enfants adultérins qui y sont étrangers ; au lieu que l'adultère commis par le mari, quoique très criminel en soi, est à cet égard sans conséquence. Ajoutez qu'il n'appartient pas à la femme qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari qui est son supérieur. Elle doit présumer qu'il est fidèle, et la jalousie ne doit pas

la porter à faire des recherches sur sa conduite (1). »

Citons, enfin, cette explication vraiment renversante du principe nouveau de l'inégalité des sexes devant la loi en matière d'adultère, que nous donne D'Espeisses. « Mais bien que par le droit canon la femme eût la même faculté d'accuser son mari d'adultère, que le mari a d'en accuser sa femme, *caus. 32 quaest. 5. can. Praecipit. 19-20-23 et 24* et que la même faculté soit encore accordée à la femme par le droit Divin, I. *Corinth. cap. 7, vers. 10 et 11*, jusques là que Dieu revêtit aussi bien Adam qu'Eve pour couvrir leurs hontes, *Genes. capite 3. vers. 21.*, néanmoins aujourd'hui la femme n'est pas recevable à accuser son mari d'adultère, *leg. 1 Cod. Ad legem Juliam de adulteriis*, ce qui est observé en France par coutume générale du royaume, Papon, *en ses Arrêts, Livre 24, titre, Qui sont recevables à accuser* 2, *article 6* et Autonne, *ad. dict. leg. 1 Cod. Ad legem juliam de adult.*

« On permet au mari d'accuser sa femme d'adultère, mais non pas à la femme d'en accuser son mari, parce que l'adultère du mari ne donne jamais des successeurs étrangers à sa femme, comme fait bien souvent celui de la femme à son mari ; d'ailleurs la femme est plus

(1) Pothier n° 516. — Combien Guy Coquille avait mieux vu les choses lorsqu'il écrivait, après St-Augustin. « Les anciennes lois romaines n'ont point statué de peine au mary qui s'abandonne à autre femme que la sienne épousée : mais la loi des chrétiens défend à party pareil, tant à l'homme qu'à la femme de ne paillarder point : et le péché d'adultère est de tant plus grand de la part du mary, parce qu'il est le chef et doit à sa femme exemple de bien faire. » (Coutumes de Nivernois. Ch. XXIV. De douaire. Art. VI).

obligée à aimer son mari, que non pas son mari à aimer sa femme, et c'est pourquoi la Loi parlant de l'amour du mari envers sa femme, l'appelle simplement, « *affectio mariti in uxorem*, » leg. 5, § 1. *Dig. de bon. Damnat.* Et parlant de l'amour de la femme envers son mari, la qualifie de ce nom, « *animus uxoris in virum* », *dict. leg. 5 § 1*, pour nous enseigner, que comme l'âme ou l'esprit de la femme fait la moitié d'elle-même, aussi l'amour que la femme est tenue de porter à son mari, est de la moitié d'elle-même ; et que comme elle ne vit et n'a de mouvement que par son âme, aussi elle ne doit avoir aucune affection que pour son mari ; l'homme n'a pas été tiré du côté de la femme, comme la femme du côté de l'homme, qui partant le doit considérer comme celui qui lui a donné l'être, ou du moins qui a contribué à son être, en ayant fourni la matière ; et c'était la raison pour laquelle les Romains commandaient bien aux nouvelles mariées de toucher au feu et à l'eau, pour leur enseigner qu'elles doivent être pures et nettes, toute leur vie (car le feu purge et l'eau lave), mais ils ne disaient rien de semblable aux nouveaux maris.....» (1)

Les raisons données pour justifier la différence établie par la loi civile entre l'adultère de l'homme et celui de la femme étaient donc assez faibles, sinon toujours ridicules. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence appliqua très fermement ces principes et refusa toujours à la

(1) Antoine Espeisses. Traité des crimes et de l'ordre judiciaire. Part. I. Tit. XII. Sect. II. Art. IV.

femme dont le mari était adultère le droit de demander la séparation de corps de ce chef ; Merlin cite, entre autres, en ce sens, un arrêt du 7 avril 1756 (1). Cependant, cet auteur ajoute que si l'adultère du mari est à l'égard de sa femme « l'effet ou la cause d'une haine décidée et manifestée au dehors par plusieurs actes de sévices ou de diffamation, il paraît juste que ce crime rende le magistrat plus favorable à la femme, et qu'il serve, sinon de moyen, au moins d'adminicule à la séparation (2). »

Quant aux maladies contagieuses ou aux difformités du mari, elles ne pouvaient pas davantage, dans la jurisprudence des Parlements conforme sur ce point à la doctrine canonique, servir de base à une demande en séparation. Il en était de même des maladies qui pouvaient survenir à la femme : son mari n'était pas autorisé à la renvoyer pour cette cause (3).

Toutefois, pour un cas spécial, il y avait doute : c'était celui du mal vénérien. Pothier tranche la question avec désinvolture : « Le mal vénérien, dit-il, quoiqu'il y ait de forts soupçons que le mari se l'est attiré par ses débauches, peut encore moins servir de fonde-

(1) Merlin. Article cité, § 1-IV. « Dans l'espèce de l'arrêt du 7 avril 1756, la comtesse de Montboissier demandait à prouver que son mari entretenait publiquement une concubine dont il avait eu plusieurs enfants baptisés sous son nom. Le comte de Montboissier convenait du fait ; mais il disait que dans nos mœurs l'adultère du mari n'est pas un crime assez grand pour autoriser la séparation ; et la Cour l'a ainsi décidé. La même chose avait été jugé précédemment par arrêt du mois de janvier 1604 ».

(2) Merlin, *ibid.*

(3) Pothier n° 514.

ment à une demande en séparation ; ce mal n'étant plus aujourd'hui un mal incurable, mais un mal que presque tous les chirurgiens savent guérir. » Quant à la jurisprudence des Parlements elle était, sur ce point, incertaine : les arrêts sont, du reste, extrêmement rares sur cette matière et semblent toujours avoir voulu éluder la question. Un arrêt de la Cour de Metz du 14 décembre 1691 semble, cependant, avoir admis que le mal vénérien, au moins lorsqu'il est incurable peut motiver une demande en séparation : il décide, en effet, que la demanderesse devra, dans un certain délai, retourner avec son mari, mais à la condition que celui-ci rapporte un certificat de trois médecins constatant sa parfaite guérison (1).

Enfin la folie ou la fureur du mari n'était pas non plus une cause légitime de séparation de corps. « Elles opèrent bien, dit Merlin, pendant le temps de leur durée la désunion réelle des deux époux, mais ce n'est point en vertu et à titre de la loi des séparations, c'est en vertu et à titre de la loi qui règle ce qu'on doit faire des fous et des furieux » (2). On trouve, cependant dans le « Journal du Palais », un arrêt de 1767 qui a jugé le

(1) Augerred. Arrest notables des différents tribunaux du royaume tome I, n° 69. « *Notre dite Cour...* ordonne que ladite Thérèse Vailant rentrera en la compagnie dudit Maucolin, dans six mois à compter du jour de la signification du présent arrêt, en rapportant par lui un certificat de sa parfaite guérison des nommés Menot, Guyot et Daroux, chirurgiens, lesquels seront tenus de l'affirmer par devant le conseiller rapporteur. » Cf. Le Prestre, cent. I. ch. 100.

(2) Merlin. Article cité, § 1, VII.

contraire (1), mais cet arrêt est contraire à tous les principes alors en vigueur.

§ 2. — *Causes de séparation de corps qui peuvent être invoquées par le mari contre sa femme.*

Les auteurs ne prévoient qu'un cas dans lequel la séparation de corps peut intervenir sur la demande du mari, c'est lorsque sur la plainte de ce dernier, « la femme est convaincue du crime d'adultère » (2). Mais, il faut remarquer qu'il n'y a pas seulement, ici, séparation d'habitation, car il intervient en même temps une condamnation pour la femme qui va être, comme nous le verrons, condamnée à la peine de l'*Authentique* ; on ne concevait pas qu'il pût intervenir, comme aujourd'hui, une séparation de corps fondée sur l'adultère et indépendante de toute poursuite criminelle. La séparation de corps ou d'habitation n'était, dans la jurisprudence des Parlements, que la conséquence de la condamnation prononcée contre la femme adultère.

Comme en droit canonique, d'ailleurs, la plainte du mari pouvait être paralysée par un certain nombre de fins de non-recevoir.

Voici, d'après Denisart, quelles étaient ces fins de non-recevoir. « Le mari ne peut accuser sa femme d'adultère :

1^o Quand il l'a toléré, de manière qu'il pouvait en être regardé comme le complice ;

(1) Journal du Palais. Tome I, pages 973 et 974.

(2) Pothier, n^o 525.

2° Quand, après l'avoir surprise en adultère, il a continué d'habiter avec elle, parce qu'alors il était censé lui avoir fait remise de l'injure.

3° Quand, par surprise, elle a été connue par un autre que par son mari, parce que c'est la volonté qui fait le crime. Mais, en ce cas, il faut que la femme ait des preuves bien convaincantes, parce que la présomption est contre elle (1) ».

Cette liste, on le voit, se rapproche beaucoup de celle que nous avons donnée à propos du *divortium quoad torum*. Cependant, il y a une fin de non-recevoir que nous ne retrouvons plus ici : c'est celle qui est tirée de ce fait que le mari a lui-même commis un adultère ; il y a là une conséquence de ce principe que l'adultère du mari n'est pas une cause de séparation de corps : la raison donnée par le droit canonique pour justifier la fin de non-recevoir dont nous nous occupons, à savoir que « les crimes semblables se compensent » ne pouvait plus, dès lors, recevoir son application : « Il y a des lois au Digeste, dit Denisart, qui ne permettent pas au mari d'accuser sa femme d'adultère, quand il est adultère lui-même ; mais leurs dispositions ne sont pas suivies parmi nous (2). »

Le mari seul pouvait intenter l'accusation d'adultère contre sa femme ; ses héritiers n'avaient pas ce droit bien qu'ils y eussent intérêt, la femme perdant, en cas de condamnation, sa dot et son douaire. « Toutefois,

(1) Denisart, op. cit., v° Adultère, n° 16.

(2) Denisart. Op. cit. V° Adultère n° 15.

nous dit Pothier, si le mari avait intenté l'accusation et qu'il fût mort pendant le cours de l'accusation, sans s'en être désisté, il n'est pas douteux que ses héritiers seraient reçus en ce cas, à reprendre l'instance. Cela est conforme à cette règle de droit : *Omnēs actiones quae tempore aut morte pereunt semel inclusae iudicio, salvae permanent*. L. 139 Dig. De reg. juris ». (1). Le ministère public lui-même n'était pas reçu à intenter l'accusation d'adultère en cas d'inaction du mari, à moins toutefois qu'il n'y ait eu scandale ou prostitution publique, en particulier lorsque le mari était complice de la prostitution de sa femme (2).

Disons quelques mots, pour terminer, de la peine qui était infligée à la femme convaincue d'adultère. « La jurisprudence actuelle de tous les tribunaux du royaume, à l'égard des femmes adultères, nous apprend Denisart, est conforme aux dispositions de la Nouvelle 134 de Justinien, et de l'authentique *Sed hodie*, dont on a retranché la peine du fouet : ainsi, on condamne une femme adultère à être enfermée dans un couvent pour y demeurer en habit séculier l'espace de deux années, pendant lesquelles son mari peut la voir et la reprendre si bon lui semble ; et s'il ne la reprend pas, on ordonne qu'elle soit rasée, voilée et vêtue comme les autres religieuses et filles de la communauté, pour y rester la vie durant et y vivre selon la règle de la maison » (3).

(1) Pothier, n° 526.

(2) Pothier, n° 525, in fine.

(3) Denisart. op. cit. V°. Adultère n° 7.

Après la mort de son mari, la femme pouvait, du reste, à condition de s'y faire autoriser par la justice, sortir du monastère et se remarier. Ajoutons que la femme condamnée pour adultère était, en outre, déchue de ses divers avantages matrimoniaux et qu'elle perdait sa dot, ainsi que nous le verrons plus loin (1).

Les auteurs, en dehors de l'adultère, ne nous signalent pas, en général, d'autres cas de séparation de corps pouvant être invoqués par le mari. Denisart, cependant prévoit l'hypothèse qui devait se présenter assez rarement en pratique, des sévices exercés par la femme contre son mari et décide que ce dernier pourra obtenir du juge la réclusion de son épouse dans un monastère (2). Celle-ci sera, en outre, déchue des avantages qui lui ont été faits par contrat de mariage (3).

(1) Voici, à titre d'exemple, le dispositif d'un arrêt du 25 mars 1719 rapporté par Denisart (v° adultère, n° 7). « La Cour a déclaré ladite de B... et le baron de G... dûment atteints et convaincus du crime d'adultère ; pour réparation de quoi condamne ladite de B... à être renfermée dans une maison religieuse, telle qu'elle lui sera indiquée par son mari, pour y demeurer le temps et espace de deux ans, en habit séculier, pendant lequel temps ledit de B... son mari pourra la voir, visiter et icelle reprendre, si bon lui semble ; sinon, ledit temps passé, et où ledit de B... viendrait à décéder pendant ledit temps, la condamne à être rasée, voilée, et vêtue comme les autres religieuses ou filles de la communauté, et à y rester sa vie durant, pour vivre selon les règles de ladite maison ; la déclare déchue de tous ses droits de communauté, douaire, préciput et autres avantages à elle fait par son contrat de mariage ; ordonne que sa dot appartiendra à son mari, pour lui en jouir en propriété. A banni le Baron de pour cinq ans ; le condamne à 2.000 livres de réparation civile, et en tous les dépens, jusqu'au paiement desquelles condamnations il gardera prison ».

(2) Denisart, op. cit. v° Séparations entre mari et femme n° 26 et 27. « L'expérience nous apprend qu'il est des maris incapables d'user de l'autorité que la loi leur donne et des femmes qui non seulement secouent le joug de cette aiorité, mais qui l'usurpent et maltraitent ceux qu'elles doivent respecter. La justice doit écouter les plaintes des maris qui se trouvent dans cette malheureuse position et doit, selon moi, ordonner la réclusion des femmes qui se sont portées à certains excès envers leurs maris. ».

(3) Denisart, id n° 28.

CHAPITRE II

Juge compétent en matière de séparation de corps. — Procédure.

Durant la période précédente, nous l'avons vu, le juge compétent pour prononcer la séparation de corps était le juge d'Eglise. On pensait que la séparation de corps touche au lien en le relâchant et que, par conséquent, la compétence en devait appartenir au juge compétent pour connaître des causes intéressant ce lien, c'est-à-dire au juge ecclésiastique. Mais, après le concile de Trente, le juge laïc en vint à revendiquer la compétence en cette matière.

Nous avons vu quelles étaient les causes générales qui peuvent expliquer ce revirement, voyons, maintenant, quelles sont les raisons d'ordre spécial sur lesquelles on s'est appuyé pour essayer de justifier la dépossession de l'Eglise en notre matière.

Ces raisons peuvent se ramener à deux :

1° On commença par dire que l'official n'avait pas compétence pour prononcer des séparations de corps fondées sur l'adultère de la femme. On se basa sur ce que la connaissance de l'adultère, au point de vue pénal,

appartenait aux tribunaux séculiers et faisait même partie des cas royaux ; on admit, en conséquence, que la séparation de corps fondée sur l'adultère de la femme devrait être prononcée par le juge royal. C'est ce que reconnaissent les *Conférences de Paris* (1) ».

2^o Contre toutes les séparations de corps, en général, on invoqua, en outre, qu'elles entraînaient forcément la séparation de biens ; « or, dit Pothier, toutes les matières qui concernent les biens sont matières profanes, dont les juges d'Eglise ne peuvent connaître sans abus (2) ». On en arriva ainsi à décider que la séparation de corps devait être prononcée par le juge laïc toutes les fois qu'un intérêt temporel s'y trouvait mêlé (3).

Enfin, on invoqua la fameuse distinction du mariage à la fois *contrat civil* et sacrement et l'on décida, en faisant un dernier pas dans la voie tracée, que la séparation de corps, de sa nature même, devait être de la compétence du juge laïc et non pas de celle du juge ecclésiastique, car cette séparation ne touche pas au sa-

(1) Conférences de Paris. Tome V. Liv. I, conférence IV. « C'est la jurisprudence du royaume que, quand un mari demande et poursuit criminellement sa séparation d'avec sa femme pour le crime d'adultère, il n'y a que le juge laïc qui en puisse connaître : de sorte que si les officiaux en voulaient juger, il y aurait abus. »

(2) Pothier n° 518.

(3) Héricourt. Lois ecclésiastiques, G. VI, n° 29. « On convient que la séparation de corps et d'habitation étant une suite du lien formé par le sacrement de mariage, est de la compétence du juge ecclésiastique, quand il ne se trouve aucun intérêt temporel qui soit mêlé avec la demande en séparation ; mais comme on y joint presque toujours la séparation de biens, ou qu'on poursuit l'une des parties en réparation d'un crime qui a donné lieu à cette demande, elle n'est ordinairement portée que devant les juges séculiers. »

crement qu'elle laisse subsister. « Le juge ecclésiastique, dit Pothier, est incompetent ; il n'a droit de connaître que des causes dans lesquelles il s'agit de *faedere matrimonii*, dont il ne s'agit pas dans une demande en séparation d'habitation, cette séparation laissant subsister le lien du mariage » (1).

Ce changement de compétence ne se fit donc pas d'un seul coup, par une ordonnance ou par un changement brusque de jurisprudence, les revendications de la puissance séculière se firent par étapes. Un des premiers arrêts qui aient prononcé la séparation de corps est un arrêt du Parlement de Paris de juin 1633 rapporté par Fevret, mais cet auteur n'ose pas encore en conclure que la séparation de corps soit du ressort du juge laïc et il prend soin de faire remarquer que c'est, en réalité, « une séparation d'habitation et de biens qui est prononcée par cet arrêt et non pas une séparation *a thoro* que le juge d'Eglise seul eût pu admettre (2). Mais, c'était là une distinction purement verbale : il s'agissait bien d'une véritable séparation de corps, seulement, comme la compétence de l'Eglise en cette matière n'avait pas

(1) Pothier, n° 518.

(2) Fevret. Traité de l'abus, tome II, livre V, chapitre IV, n° 18. « Le Parlement de Paris, au procès d'entre le sieur Mailly et la dame sa femme, se plaignant des extraordinaires sévités et rigueurs, que son mary exerçait envers elle, donna un premier Arrest le 10 février 1633, par lequel il fut dit, qu'elle serait sequestrée et mise en la maison, et près la personne de Madame de Longueville, sans que le mary eut autre liberté, que de la pouvoir visiter : et par autre Arrest définitif de juin 1633, la cour ordonna la séparation entre eux d'habitation et de biens, mais non pas *a thoro* ; car c'eût été au juge d'Eglise d'y pourvoir ».

encore été battue en brèche d'une façon définitive, on comprend que les auteurs aient été obligés de recourir à des détours de cette sorte afin de ne pas heurter trop violemment l'état de choses existant.

La jurisprudence des Parlements ne tarda pas, du reste, à s'enhardir et à revendiquer d'une manière formelle la compétence exclusive en cette matière : les Parlements évoquèrent devant eux, au moment de l'*appel comme d'abus*, tous les cas de séparation de corps qui étaient portés devant les officialités. Merlin cite un arrêt du 22 mai 1663 qui a déclaré nulle et abusive une procédure en séparation de corps faite devant le juge d'Eglise. « Le juge d'Eglise, dit-il, est-il compétent pour connaître de ces matières ? S'il fallait s'en rapporter aux décrétales, elles ne laisseraient aucun doute sur l'affirmative, et il paraît, par ce que nous lisons dans Bacquet, Papon, et d'autres anciens auteurs, qu'on a suivi longtemps cette opinion. Mais il y a plus d'un siècle qu'on pense autrement, du moins à Paris. L'arrêt du 22 mai 1663, que nous avons déjà cité, déclare nulle et abusive une procédure en séparation de corps, faite devant le juge d'Eglise. Le journal des audiences de Bretagne nous en fournit deux semblables rendus à Rennes, les 31 janvier 1736 et 28 janvier 1737.

« Il n'y a plus dans le royaume qu'un parlement où l'ancienne jurisprudence soit encore en vigueur ; c'est celui de Douai : cette cour n'est cependant pas plus ultramontaine que les autres (elle est peut-être même plus sévère qu'aucun parlement sur la juridiction ecclé-

siastique) ; mais elle a, par rapport aux séparations de corps, des lois dont il ne lui est pas permis de s'écarter, et qui fondent nettement la compétence du juge d'Eglise (1) ». Les lois dont parle Merlin sont les concordats passés entre l'autorité temporelle et les évêques de Cambrai et de Liège sous les ducs de Bourgogne et sous Charles-Quint ; d'autre part, la jurisprudence spéciale du parlement, en cette matière, s'expliquait par ce fait que le Concile de Trente avait été reçu en Belgique et, comme nous l'avons dit, le canon VIII de ce Concile reconnaissait formellement la compétence de l'Eglise en matière de séparation de corps.

La séparation de corps était donc, désormais, de la compétence du juge laïc. Il fallait, du reste, qu'une sentence intervint : les auteurs et la jurisprudence ont toujours déclaré qu'un acte passé par devant notaires et par lequel l'un des époux exposerait tous les faits motivant la séparation tandis que son conjoint convenant de ces faits consentirait à la séparation serait un acte nul (2).

Quant au juge compétent *ratione loci*, c'était le juge du domicile du mari.

La femme qui voulait obtenir la séparation devait se pourvoir devant le juge compétent par voie de requête en exposant les faits sur lesquels elle fondait sa

(1) Merlin. Article cité (V^o séparation de corps) § II.

(2) Pothier, n^o 517. Voici les arrêts cités dans Denisart (V^o séparations entre mari et femme, n^{os} 18 à 23) et par Merlin, (art. cité. V^o séparation de corps, § II).

demande; elle devait demander la permission d'assigner son mari, ainsi que celle de se retirer pendant le cours du procès dans un lieu décent qui lui serait assigné par son mari, ou à son défaut, par le juge. Quant au mari, il devait remettre à sa femme demanderesse en séparation de corps, ses habits et son linge et lui payer une pension alimentaire (1). La cause était ensuite portée à l'audience où l'on examinait les faits invoqués par la femme à l'appui de sa demande : si ces faits n'étaient pas trouvés suffisants pour justifier une séparation de corps, on la déboutait; s'ils étaient, au contraire, jugés suffisants, on permettait à la femme d'en faire la preuve par témoins, en réservant au mari la preuve contraire (2).

A propos des modes de preuve, il convient de signaler une particularité que nous n'avons pas rencontrée en droit canonique et qui s'est maintenue dans notre droit : alors que dans les causes ordinaires, l'aveu du défendeur était considéré comme la meilleure des preuves, en cas de séparation de corps, au contraire, l'aveu du défendeur n'était pas admis; la raison en est, dit Pothier, que la loi prohibe les séparations par consentement mutuel, et qu'il y aurait là un moyen de tourner ce principe (3).

(1) Pothier, n° 518.

(2) Pothier, n° 519.

(3) Pothier, n° 519. « Dans les affaires ordinaires, lorsque le défendeur convient des faits que le demandeur a allégués pour le fondement de sa demande, les faits sont tenus pour avérés, sans qu'il soit besoin en ce cas que la preuve en soit ordonnée par le juge, qui n'a

Les témoins entendus, le juge prononcera la séparation si les faits lui paraissent suffisamment justifiés ; dans le cas contraire il débouterà la femme de sa demande et la condamnera à retourner avec son mari. Quelquefois, dans ce dernier cas, le juge donnera à la femme un délai pour retourner auprès de son mari, afin de laisser aux esprits le temps de se calmer (1).

Le tribunal compétent pour connaître des demandes en séparation était le tribunal civil ; mais cette règle recevait une exception pour le cas où cette séparation était demandée pour une cause capitale, par exemple si la femme invoquait une tentative d'assassinat commise par son mari contre sa personne ; dans ce cas l'intéressée devait se pourvoir par la voie extraordinaire (2). Il en était de même du mari qui intentait contre sa femme une accusation d'adultère afin de s'en faire séparer.

plus d'autre examen à faire, que de voir si les faits, en les regardant comme constants et avérés, sont suffisants pour fonder la demande. Il en est autrement à l'égard de la demande en séparation : cette séparation ne pouvant se faire que pour de grandes causes, et n'étant pas permis aux parties de se séparer par un mutuel consentement, la collusion qui est à craindre entre la femme et son mari, qui convient des faits par elle allégués, doit empêcher le juge de tenir les faits pour avérés ; et il doit en ordonner la preuve quoique le mari en soit convenu ».

(1) Pothier, n° 521.

(2) Encyclopédie méthodique, jurisprudence, tome VII, page 552.
« L'honneur du mariage exige que la demande en séparation ne se poursuive que par la voie civile, et non pas par la voie extraordinaire, à moins que ce ne fut pour une cause capitale, comme si le mari avait voulu faire assassiner sa femme ».

CHAPITRE III

Effets de la séparation de corps d'après la jurisprudence des Parlements. — Sa durée

Les effets de la séparation de corps, d'après le droit civil étaient les mêmes que ceux du *divortium quoad torum* en droit canonique. L'époux qui avait obtenu la séparation était dispensé de l'obligation de demeurer avec son conjoint et de lui rendre le devoir conjugal, et d'autre part, la séparation de corps emportait toujours la séparation de biens.

En ce qui concerne les deux premiers effets : dispense du devoir de cohabitation et dispense de rendre le devoir conjugal, nous n'avons rien à ajouter. Occupons-nous seulement de la séparation de biens accessoire à la séparation de corps.

La séparation de biens prononcée à la suite d'une séparation de corps donnait à la femme le droit de réclamer sa dot, et, lorsqu'il y avait communauté, elle en opérait la dissolution. La séparation de biens accessoire produisait donc les mêmes effets que la séparation de biens principale : cependant, on peut signaler entre

les deux une différence, c'est que la femme séparée de corps avait toujours le choix d'accepter la communauté ou d'y renoncer et d'en poursuivre le partage, tandis que (dans l'opinion générale, tout au moins) la femme qui demandait seulement la séparation de corps ne pouvait pas accepter la communauté et en réclamer le partage (1).

Si la séparation de corps donnait lieu à la dissolution de la communauté, elle ne donnait pas lieu à l'ouverture des gains de survie : la femme séparée ne pouvait réclamer ni son douaire, ni son préciput, etc.. Denisart nous apprend, cependant, qu'il en était autrement en Normandie et que, dans cette province, le douaire s'ouvrait par la séparation de corps (2).

La séparation de corps opérait la révocation des donations faites par contrat de mariage au bénéfice de l'époux contre lequel cette séparation de corps avait été prononcée (3) ; mais une question très controversée était celle de savoir si cette séparation entraînait la révocation des donations réciproques. Un arrêt du 8 mars 1725 rapporté par l'Epine de Granville avait admis la

(1) Merlin, article cité, V^o séparation de corps, § 3. Id. V^o séparation de biens. Sect. II § V.

(2) Denisart, op. cit, V^o, séparations entre mari et femmes^o 67. « Le douaire s'ouvre dans cette province par la séparation, soit de corps, soit de biens ; et par sentence du châtelet du 18 mai 1741, confirmé par arrêt rendu le 31 août 1743, en ordonnant la séparation d'habitation des sieur et dame de Bapaulme, la dame de Bapaulme a été envoyée en possession de la terre de Crignebeuf, qui appartenait à son mari, mais dont la jouissance lui avait été promise pour son douaire ».

(3) Voyez en ce sens un arrêt du 7 septembre 1782 rapporté par Merlin (art. cité, V^o, Séparation de corps, § 1 2^o).

négative. « Les faits se sont trouvés assez graves et assez prouvés pour accorder à la femme la séparation de corps qu'elle demandait. Mais son contrat de mariage portait une donation de 10.000 livres réciproque entre mari et la femme ; elle en demandait la nullité, comme une conséquence de sa demande en séparation. A l'égard du chef qui concernait la donation, la question n'était pas traitée dans les moyens des parties, mais l'une et l'autre avaient pris des conclusions. Comme c'était une pure question de droit, elle a cependant été décidée par l'arrêt, et la donation n'a pas été déclarée nulle pour cause d'ingratitude comme on le demandait.

« La donation n'était pas gratuite, elle était réciproque, par conséquent, elle ne pouvait être détruite par le motif d'ingratitude ; une donation réciproque est une stipulation égale à l'égard du mari et de la femme, elle ne tourne au profit de l'un ou de l'autre que par l'événement de la mort de l'un et de la survie de l'autre. Elle doit être regardée comme on regarde une stipulation de préciput, qui n'est pas détruite par la séparation » (1). Mais cette manière de voir trouvait beaucoup d'adversaires. Denisart admettait que cette révocation devait s'opérer si l'ingratitude du mari et son indignité étaient particulièrement odieuse en s'en remettant sur cette question d'appréciation « à la prudence des cours souveraines » (2). Quant à Merlin, il prenait nettement position pour la solution contraire et critiquait l'arrêt du

(1) L'Epine de Granville. Recueil d'Arrest, pages 553 et 554.

(2) Denisart. op. cit., v^o Séparations entre mari et femme, n^o 76.

8 mars 1725. « Il est certain, disait-il, qu'une donation, pour être mutuelle, ne perd pas son caractère de libéralité et de bienfaisance.... Pourquoi donc serait-elle exempte de la loi qui autorise tout donateur payé d'ingratitude, à révoquer la donation ? » (1) Il citait ensuite, en ce sens, deux arrêts, l'un du 26 février 1728, l'autre du 4 juillet 1782.

Notons enfin, que la séparation de corps faisait disparaître tout droit de succession entre les deux conjoints (2).

En ce qui concerne la capacité de la femme séparée de corps, une différence notable est à relever entre la jurisprudence des parlements et la doctrine canonique. D'après la doctrine canonique, nous l'avons dit, la femme séparée de corps reprenait sa pleine capacité civile et était capable d'administrer ses biens et même de les aliéner, exactement comme l'aurait pu faire une femme veuve ou non mariée. Ce principe qui avait la logique pour lui, ne fut pas maintenu lorsque le pouvoir séculier se fût attribué la connaissance des causes de séparation de corps et l'on décida que la femme séparée n'aurait plus pleine capacité que pour les actes d'administration et qu'une autorisation du mari, ou, à son refus, de la justice, serait nécessaire pour les actes de

(1) Merlin. Art. cité, v°. Séparation de corps, § 3.

(2) Encyclopédie méthodique. Jurisprudence, t. VII, page 552.
« La séparation de corps et de biens exclut les conjoints de pouvoir se succéder en vertu du titre « *unde vir et uxor* » ; ce droit de succession réciproque n'ayant été accordé que pour honorer, en la personne du survivant, la mémoire d'un mariage bien concordant ».

disposition. Voici comment Pothier essaie de justifier ce nouveau système. « Au reste, la séparation d'habitation, comme nous l'avons déjà dit, ne rompt pas le mariage ; elle donne seulement atteinte aux effets qu'il produit. Le mari conserve, même après la séparation d'habitation, quelque reste de la puissance maritale, la femme séparée ayant besoin pour les actes qui tendraient à l'aliénation de ses immeubles, de l'autorisation de son mari, ou sur son refus, de celle du juge, qui en est représentative ; la séparation ne dispensant la femme de l'autorisation que pour les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens » (1). Quant à Denisart qui mentionne également le changement survenu dans la capacité de la femme séparée de corps, il en donne cette raison qui ne vaut guère mieux : « On pensait autrefois, dit-il, que la femme *séparée* pouvait contracter avec la même liberté que si elle n'eût pas été mariée... Mais, dans les derniers temps, on a ouvert les yeux sur les inconvénients de cet usage. La séparation n'est point un divorce perpétuel et irrévocable : il arrive souvent que les conjoints séparés se réunissent, et l'espérance de cette réunion fait que le mari conserve toujours un intérêt réel à empêcher la dissipation des biens de sa femme » (2).

Arrivons, maintenant, à la question de savoir quelles étaient les causes qui mettaient fin aux effets de la séparation de corps.

(1) Pothier, n° 523.

(2) Denisart, op. cit. V° Séparation entre mari et femme, n° 62 et 63.

Ces effets cessaient d'abord par la reprise volontaire de la vie commune. Dans ce cas, le mari reprenait toute son autorité tant sur la personne que sur les biens de sa femme. La communauté était ~~même~~ rétablie de plein droit avec effet rétroactif : la séparation était censée n'avoir jamais été prononcée; il en résultait notamment que tout bien qui était entré, pendant la durée de séparation, dans le patrimoine de l'un des époux et qui serait tombé en communauté si cette séparation n'avait pas eu lieu, y tombait de plein droit lors de la reprise de la vie commune. Toutefois, et cela était nécessaire, tous les actes qui avaient été passés régulièrement par la femme pendant la durée de la séparation, subsistaient (1).

Mais, en dehors de cette reprise volontaire de la vie commune, existait-il, dans certains cas, comme en droit canon, une reprise forcée de la vie commune ?

A cette question, il faut répondre par la négative : nous ne retrouvons, à notre époque, rien d'analogue aux divers cas de reprise forcée de la vie commune que nous avons rencontré plus haut. La raison en est qu'une modification profonde s'était produite dans la manière de concevoir la séparation de corps : l'institution créée par le droit canonique avait, en effet, subi entre les mains des jurisconsultes une transformation qui fut, semble-t-il, plutôt regrettable.

Les canonistes n'avaient conçu le *divortium quoad torum* que comme un état de choses qui, en principe, devait prendre fin par la réconciliation soit volontaire

(1) Pothier, n° 524.

soit obligatoire des époux, comme un état de choses essentiellement temporaire ; parfois, même, nous l'avons vu, un délai était fixé au bout duquel la séparation de corps devait prendre fin. Ce système était bon, car la possibilité pour le coupable de retrouver les paisibles jouissances du foyer domestique, pouvait lui inspirer le regret de ses fautes et le désir de les réparer.

La jurisprudence des Parlements, au contraire, se fit une autre conception de la séparation de corps : elle en fit un régime nouveau de mariage entre époux. La séparation de corps fut, dès lors, toujours prononcée pour une durée indéterminée, et l'époux coupable fut admis à se prévaloir de cette séparation aussi bien que l'époux innocent, et put se refuser à reprendre la vie commune. Cette nouvelle conception ne nous paraît pas, du reste, avoir réalisé un progrès, car elle fit perdre à la séparation de corps son véritable caractère. « Le rétablissement de la vie commune, dès qu'il pouvait se faire sans danger, devait rester un droit pour chaque conjoint, on le subordonna au consentement simultané de l'un et de l'autre, c'est-à-dire à un nouveau contrat ; le droit canonique faisait de la réconciliation un devoir absolu, le droit civil autorisa les ressentiments sans fin ; le premier maintenait l'union, le second assurait la durée de la désunion ; l'un voulait que la famille se reformât dès que les causes de désaccord avaient disparu, l'autre consacra l'isolement du mari et de la femme au grand préjudice des deux époux et de leurs enfants ; c'est ainsi que d'une dispense momentanée de cohabitation, sortit

ce qu'on a appelé plus tard le « *divorce des catholiques* » (1).

(1) Alph. Bard. Du divorce en droit romain et de la séparation de corps en droit français. Thèse, Paris, pages 91 et 92.



TITRE IV

La loi du 20 septembre 1792. — Suppression de la séparation de corps. — Etablissement du divorce.

Nous avons vu comment les civilistes distinguaient dans le mariage deux éléments : le contrat civil et le sacrement. Telle était, notamment, la doctrine de Pothier qui fait du contrat civil la base du sacrement, et qui en tire cette conclusion que sans contrat civil il ne peut y avoir de mariage valable. C'est de cette conception que devait logiquement sortir le mariage civil et du mariage civil le divorce avec tous les désordres qu'il allait entraîner. Il faut, du reste, reconnaître qu'une autre considération a pu favoriser la sécularisation du mariage, ce fut le souvenir de l'état de choses regrettable établi en ce qui concernait le mariage des protestants. Dans l'ancien droit, c'était le prêtre qui était, à la fois, au nom de l'Eglise et au nom du roi, chargé d'assister comme témoin nécessaire (les gallicans allaient jusqu'à dire inexactement comme ministre du sacrement) au

mariage des futurs époux ; il en résultait que les protestants étaient dans l'obligation, s'ils voulaient faire constater légalement leurs mariages, de renier leurs croyances, en venant demander aux ministres du culte catholique leur concours. L'édit de Nantes avait, il est vrai, accordé aux protestants le droit de faire constater leurs mariages par leurs ministres, mais, après la révocation de l'édit de Nantes, le 22 octobre 1685, les protestants retombèrent dans la même situation qu'auparavant, et ce ne fut qu'à la veille de la Révolution, en 1787, qu'un édit vint leur rendre la liberté en les autorisant à faire célébrer leurs mariages par devant le curé de la paroisse, mais dans sa maison et non plus dans l'église, ou devant le juge et au domicile de ce dernier (1).

C'est la mémoire de cette injustice ajoutée à l'influence qu'avait exercé sur les esprits la théorie civiliste, qui allait donner naissance au principe de la sécularisation des actes de l'état-civil et en particulier du mariage, principe qu'allait formuler pour la première fois la Constitution des 3-14 septembre 1791, titre II art. 7. « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil.

« Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les

(1) Sur la question des antécédents directs du mariage civil, consulter la thèse remarquable de M. René Lemaire, Paris 1901, p. 58 à 89.

officiers publics qui en recevront et conserveront les actes » (1).

Le principe de la sécularisation du mariage fut ainsi posé, mais, si l'assemblée le vota, c'est qu'elle n'en apercevait pas les conséquences qui allaient en découler, car ces conséquences elle n'aurait pas voulu les admettre.

De ce principe, en effet, imprudemment posé par la Constitution de 1791, on allait tirer cette conclusion que le mariage pouvait être dissous puisque la loi ne le reconnaissait plus que comme « *contrat civil* ». De nombreuses pétitions furent déposées en ce sens et une députation de femmes vint même à l'assemblée législative au début de l'année 1792 réclamer l'établissement du divorce. Ce ne fut pourtant que le 30 août qu'Aubert-Dubayet porta la question à la tribune. « En faisant une loi pour constater l'état civil des citoyens, déclarait-il, votre intention a été de régénérer les mœurs publiques. Par une de ces dispositions, vous considérez le mariage comme un contrat civil ; mais vous n'avez point encore parlé de la manière dont ce contrat pourrait être rompu. Notre ancien droit permet la séparation, loi barbare qui laisse subsister le lien du mariage sans qu'on puisse remplir l'engagement principal sur lequel est fondé le contrat, loi qui voue une femme vertueuse au malheur ou qui lui commande l'adultère. Il est temps de le reconnaître, le contrat qui lie les époux est commun ; ils doivent in-

(1) Rondonneau, Collection générale des lois depuis 1789 jusqu'au 1^{er} avril 1814, tome II, page 671.

contestablement jouir des mêmes droits et la femme ne doit pas être l'esclave de l'homme. . . . Je sais que les âmes timorées se récrieront encore contre cette loi; respectons leurs croyances, qu'elles restent dans les liens qu'elles croient indissolubles ; pour nous, ne craignons pas de déplaire, par cet acte de sévérité, à un Dieu qui nous créa tous pour le bonheur. Loin de rompre ainsi les nœuds de l'hyménée, vous les resserrerez davantage : dès que le divorce sera permis, il sera très rare. » (1) Comme on le voit la constitution de 1791 avait eu bien tort de représenter le mariage comme n'étant qu'un « contrat civil » : on en tirait logiquement cette conséquence qu'il devait, dès lors, se dissoudre comme tout les contrats. Voilà où conduisait la doctrine des Gallicans !

L'intervention d'Aubert-Dubayet emporta, du reste, aussitôt un vote de l'assemblée qui déclara « que le mariage est un contrat dissoluble par le divorce, » et chargea son comité de législation de faire incessamment un rapport sur ce point. La rédaction de ce rapport ne demanda que huit jours : il fut présenté à l'assemblée le 7 septembre par Léonard Robin. En voici le début : « Votre amour pour la liberté vous faisait désirer depuis longtemps de l'établir au milieu même des familles, et vous avez décrété que le divorce avait lieu en France. La déclaration des droits, et l'article de la constitution qui veut que le mariage ne soit regardé,

(1) Moniteur universel, n° du 1^{er} septembre 1792.

par la loi que comme un contrat civil, vous ont paru avoir consacré le principe, et votre décret n'en est que la déclaration. Mais quelles doivent être les conséquences, le mode et les effets du divorce ! C'est ce que ne disent ni la déclaration des droits, ni la constitution ; et, en conséquence, vous avez choisi votre comité de législation de vous présenter un projet de décret sur cette importante matière. » (1) C'est, comme on le voit toujours l'expression de « contrat civil » employée par constitution de 1791 qui sert de base au divorce.

Le projet admettait le divorce par consentement mutuel « à cause de la nature du contrat de mariage, qui a pour base principale le consentement des époux, et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention. » Il admettait, d'autre part, le divorce par la volonté d'un des époux sur la simple allégation d'incomptabilité d'humeur ou de caractère. Enfin, il instituait le divorce pour causes déterminées : divorce pour séparation de corps déjà jugée et exécutée entre époux ; divorce pour séparation de fait existant entre les conjoints depuis un certain temps.

On se lançait ainsi à corps perdu dans le divorce et le principe du lien conjugal indissoluble que l'Eglise avait fait consacrer allait complètement disparaître puisqu'on allait jusqu'à admettre non seulement le divorce par consentement mutuel, mais la répudiation de l'un

(1) Moniteur Universel, n° du 7 septembre 1892.

des époux par l'autre sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère.

Pour éviter les entraînements trop brusques des passions et remédier à la multiplicité des divorces, voilà tout ce que Sédille^z proposait. « Il est cependant, disait-il, de la sagesse de la loi de préserver les citoyens de toute précipitation dans une démarche aussi importante et d'avoir à se repentir de quelques mouvements d'humeur dont les meilleures unions ne sont pas toujours exemptes : elle doit les forcer de prendre le temps nécessaire pour y réfléchir, et pour assurer leur propre volonté.

« Il semble qu'on atteindrait ce but :

« 1^o En mettant un intervalle nécessaire entre le projet de divorce et sa consommation.

« 2^o En permettant aux parties, pendant cet intervalle, de vivre quelques temps séparément, pour dissiper et éteindre les premiers feux de la passion.

« 3^o En les obligeant ensuite de se réunir, de vivre et d'habiter ensemble quelque temps avant la déclaration définitive, pour essayer les derniers moyens de rapprochement.

« 4^o En imprimant à cet acte solennel un grand caractère de réflexion qui empêche qu'il ne soit livré au caprice et à la légèreté, il est convenable d'ordonner que ceux qui auront usé de la voie du divorce, ne puissent plus se réunir par un nouveau mariage » (1).

(1) Séance du 13 septembre 1792. *Moniteur Universel*, n^o du 15 septembre 1792.

Enfin, le 20 septembre la loi sur le divorce fut votée.

On voit avec quelle rapidité on s'embarquait dans une aventure aussi grave, avec quelle désinvolture on rejetait le principe du lien conjugal qui avait formé, dans notre ancienne France, la base même du mariage !

Voici quel est le préambule de cette loi. « L'assemblée nationale considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte ; considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce, Décrète ce qui suit... » (1).

Après le préambule, la loi du 20 septembre 1792 décide dans un § 1^{er} quelles seront les causes de divorce. Conformément au projet présenté par Léonard Robin, elle admet le divorce par consentement mutuel ou par la volonté d'un seul sur la simple allégation d'incompatibilité d'humeur ou de caractère (art. 2 et 3). Elle décide, également, que le divorce pourra être prononcé pour certaines causes énumérées dans l'art. 4 et dont voici la liste :

1^o La démence, la folie ou la fureur de l'un des époux.

2^o La condamnation de l'un des deux à une peine afflictive et infamante.

(1) Rondonneau, op. cit. T. III, page 853.

3° Les crimes, sévices, ou injures graves de l'un des époux envers l'autre.

4° Le dérèglement des mœurs notoires.

5° L'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins.

6° L'absence de l'un des époux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans.

7° L'émigration.

L'art. 5 décide, en outre, que : « Les époux maintenant séparés de corps par jugement exécuté ou en dernier ressort, auront mutuellement la faculté de faire prononcer leur divorce. »

Quant aux articles 6 et 7, ils sont purement et simplement la négation de la « liberté de conscience » tant invoquée, pourtant, par les orateurs de cette époque : ils décident, en effet, que la séparation de corps est abolie à l'avenir, les époux ne pouvant plus désormais « être désunis que par le divorce ; » bien mieux, les demandes et instances en séparation de corps actuellement pendantes sont déclarés éteintes (1). Ainsi, on mettait les époux chrétiens dans l'alternative ou de fouler aux pieds leurs croyances en demandant le divorce

(1) Art. 6. « Toutes les demandes et instances en séparation de corps non jugées, sont éteintes ou abolies ; chacune des parties paiera ses frais. Les jugements de séparation non exécutés, ou attaqués par la voie de l'appel ou par la voie de la cassation demeurent comme non avenus ; le tout sauf aux époux de recourir à la voie du divorce, aux termes de la présente loi. »

Art. 7. « A l'avenir aucune séparation de corps ne pourra être prononcée ; les époux ne pourront être désunis que par le divorce. »

ou de souffrir une vie commune devenue intolérable. « Il est vrai, dit M. Glassov, que le divorce rompt seulement le mariage civil et que les catholiques peuvent, au point de vue religieux, le considérer comme une simple séparation de corps. Mais c'est là une distinction un peu subtile et qu'il est, par ce motif même, difficile de faire comprendre à la masse d'une nation dont la majorité professe la religion catholique. D'un autre côté les catholiques se plaignent de ce que le divorce permet à chaque époux de se remarier tout de suite, ce qui rend impossible la réconciliation permise et même dans certains cas, conseillée par l'Eglise » (1).

Le § II de la^e loi règle les « Modes du divorce », c'est-à-dire la procédure.

Les formalités nécessaires pour obtenir le divorce sont très simples. En cas de consentement mutuel, le mari et la femme convoquent à un mois d'intervalle une assemblée de six au moins des plus proches parents ou d'amis à défaut de parents ; trois des parents sont choisis par le mari, les trois autres par la femme (art. 1 et 2). Les deux époux doivent se présenter en personne à l'assemblée et y exprimer leur volonté de divorcer ; les parents assemblés doivent, alors, leur faire toutes les observations qu'ils jugent convenables. Si les époux persistent, un acte de non-conciliation est dressé par un officier municipal pour ce requis (art. 4). Un mois

(1) Glasson. Le mariage civil et le divorce, page 259.

au moins et six mois au plus après la date de l'acte de non-conciliation, les époux peuvent se présenter devant l'officier public chargé de recevoir les actes de mariage dans la municipalité où le mari a son domicile, et, sur leur demande, cet officier public est tenu de prononcer le divorce sans entrer en connaissance de cause (art. 5).

En cas d'incompatibilité d'humeur, la procédure est à peu près la même, mais la loi a, ici, pris certaines précautions spéciales. L'époux qui allègue l'incompatibilité d'humeur provoque la formation d'une assemblée de famille : si à cette assemblée les époux ne s'entendent pas, acte en est dressé et l'assemblée s'ajourne à deux mois (art. 8 à 10). Les deux mois écoulés, une dernière réunion se forme, et en cas de désaccord persistant un acte de non conciliation est dressé et l'assemblée se proroge à trois mois (art. 11). Si à la troisième réunion, à laquelle le demandeur est tenu de comparaître en personne, celui-ci persiste définitivement dans sa demande, il en est dressé acte, et une expédition lui en est délivrée, pour être signifiée à l'époux défendeur (art. 12). Huit jours au moins et six mois au plus après la date du dernier acte de non conciliation, l'époux provoquant pourra se présenter pour faire prononcer le divorce devant l'officier public chargé de recevoir les actes de l'état civil (art. 14).

En cas de divorce pour causes déterminées ou pour cause de séparation de corps, il n'y avait aucun délai d'épreuve (art. 15). Si les motifs étaient établis par un

jugement, l'époux pouvait se pourvoir directement devant l'officier civil (art. 16). Si la demande était fondée sur l'absence pendant cinq ans sans nouvelles, le demandeur n'avait qu'à présenter un simple acte de notoriété constatant le fait. Pour les autres motifs, c'était une assemblée de famille qui devait vérifier les faits ; si ceux-ci paraissaient fondées, cette assemblée renvoyait le demandeur en divorce devant l'officier civil du domicile du mari pour y faire prononcer le divorce, sauf appel du jugement de l'assemblée de famille qui devait être instruit sommairement et jugé dans le mois (art. 18 à 20).

La loi contenait, en outre, deux autres paragraphes, le § III « Effets du divorce par rapport aux époux » et le § IV « Effets du divorce par rapport aux enfants ». Voici, en quelques mots, les dispositions qu'ils contiennent. Les époux peuvent se remarier ensemble : lorsque le divorce a été prononcé par consentement mutuel ou pour simple incompatibilité d'humeur ou de caractère, ils ne peuvent contracter avec d'autres un nouveau mariage qu'un an après le divorce (§ III, art. 2) ; quand le divorce a été prononcé pour causes déterminées, la femme seule est soumise à ce délai et en est même exempte lorsque le divorce a été prononcé pour absence du mari depuis cinq ans sans nouvelles (art. III).

En ce qui concerne les biens, de quelque manière que le divorce ait lieu, les époux divorcés sont réglés par rapport à la communauté de biens ou à la société d'acquêts qui a existé entre eux, selon la loi ou la con-

vention, comme si l'un d'eux était décédé (art. 4). Il y a exception à cette règle pour le cas où c'est la femme qui a occasionné le divorce pour une des causes déterminées, sauf celle de folie : elle ne peut, dans ce cas, que répéter ce qu'elle a apporté dans la communauté sans participer aux bénéfices (art. 5). Quant aux donations et autres avantages constitués en vue du mariage, soit par les parents des époux, soit par les époux entre eux, ils étaient révoqués (art. 6).

En ce qui concerne les enfants, s'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel ou pour incompatibilité, à défaut d'arrangement, la loi confie les filles à la mère ainsi que les garçons au-dessous de 7 ans ; passé cet âge, ceux-ci doivent passer sous la direction du père (§ IV, art. 1). Si le divorce a lieu pour cause déterminée, c'est l'assemblée de famille qui doit régler le sort des enfants : elle peut même, en cas de remariage des parents, les remettre à des tiers (art. 2 et 4).

Telle était la loi du 20 septembre 1792. On retournait avec elle au système romain et au *liberum matrimonium* ; le mariage devenait un simple contrat à qui l'on appliquait la règle commune à tous les contrats : ce que la volonté des parties a fait une volonté contraire peut le défaire. On allait, ainsi, revenir à ces unions sans stabilité et sans dignité qu'avait connues l'empire romain. La loi de 1792 constituait un véritable progrès à rebours.

Cette loi, cependant déjà si libérale, allait encore être élargie par des dispositions postérieures qui allaient

faciliter davantage encore l'obtention du divorce. Une loi du 8 nivôse an II (28 décembre 1793) (1) vint décider que la femme pourrait se remarier aussitôt après le jugement de divorce à condition qu'il fût constaté que le mari avait quitté le domicile conjugal et abandonné sa femme depuis au moins 10 mois (art. 4) ; dans les autres cas, celle-ci devait attendre 10 mois. Quant au mari, il était expressément déclaré qu'il pourrait se remarier immédiatement. (La loi de 1792 ne s'était pas formellement expliquée sur ce point.)

Une autre loi du 4 floréal an II (23 avril 1794) (2) vint encore aggraver les choses. Elle décidait que quand il serait prouvé par un acte authentique ou de notoriété publique que les deux époux étaient séparés de fait depuis plus de six mois, le divorce prononcé à la demande de l'un d'eux serait dispensé de tout délai de preuve (art. 1). D'autre part, s'il était constaté par acte authentique ou de notoriété publique que la séparation des époux avait eu lieu par l'abandon fait par l'un d'eux du domicile commun, sans donner de ses nouvelles, l'époux abandonné pourrait obtenir le divorce sur la seule présentation de l'acte authentique ou de notoriété, six mois après cet abandon, et sans avoir besoin d'appeler l'époux absent (art. 2). Enfin cette loi décidait que l'épouse divorcée pourrait se remarier avant l'expiration du délai de 10 mois s'il était prouvé qu'elle avait accouché après son divorce. (art. 7).

(1) Rondonneau, op. cit, tome IV, pages 852 et 853.

(2) Ibid., page 1075.

Un peu plus tard, une loi du 24 vendémiaire an III alla même jusqu'à décider que l'époux demandeur en divorce qui établirait par acte authentique ou de notoriété que son conjoint était émigré ou résidait en pays étranger, ou demeurerait aux colonies, serait dispensé de l'assigner.

Les effets déplorables de ces lois ne tardèrent pas à se faire sentir, à tel point que le législateur se vit obligé de prendre quelques mesures pour essayer d'enrayer le mal. Une loi du 15 thermidor an III (1), (2 août 1795) suspend l'exécution des lois des 8 nivôse et 4 floreal an II ; la loi du 1^{er} jour complémentaire de l'an V (17 septembre 1797) (2) soumet le divorce pour cause d'incompatibilité d'humeur ou de caractère à un délai d'épreuve plus long. « Mais ces mesures de détail, dit M. Glasson, restèrent sans efficacité ; le germe du mal se trouvait dans les principes mêmes de la loi de 1792, qui, en autorisant le divorce avec une trop grande facilité, avait supprimé la stabilité et compromis l'existence de la famille. La licence des mœurs ne connut plus de bornes. Chose remarquable, le divorce fut inutile et dangereux ; inutile dans les campagnes, où les paysans refusèrent d'y recourir ; dangereux dans les grandes villes où l'on se hâta d'en abuser.

« A Paris, dans les vingt-sept mois qui suivirent la promulgation de la loi de 1792, les tribunaux prononcè-

(1) Rondonneau, tome V, page 471.

(2) id. tome VI, pages 544 et 545.

rent cinq mille neuf cent quatre-vingt quatorze divorces. Dans les trois premiers mois de 1793, les divorces égalèrent à Paris le nombre des mariages. Malgré la réaction de l'an III, les abus continuèrent. Dans le seul mois de pluviôse an III, il y eût 223 divorces dont 205 demandés par des femmes pour incompatibilités d'humeur. En l'an VI, le nombre des divorces dépassa dans la capitale celui des mariages » (1). Les orateurs des assemblées révolutionnaires reconnaissent eux-mêmes les progrès malencontreux du divorce dans la société. Voici en quels termes Raynaud demandait au Conseil des Cinq-Cents l'abrogation du divorce pour incompatibilité d'humeur : « Il serait difficile de peindre tous les maux que cette sorte de divorce occasionne ; il serait difficile d'imaginer combien elle les excite au libertinage et à la débauche, combien enfin elle contribue à corrompre les mœurs. Eh ! dites-moi, qu'y a-t-il de plus immoral que de permettre à l'homme de changer de femme comme d'habit et à la femme de changer de mari comme de chapeau ? n'est-ce pas porter atteinte à la dignité du mariage ? n'est-ce pas en faire le jouet du caprice et de la légèreté ? n'est-ce pas en quelque sorte l'anéantir, et le changer en un concubinage successif. » (2).

Bonguyod, dans la séance du 29 floréal an III, à la Convention, s'élevait déjà contre la trop grande facilité

(1) Glasson, op. cit, page 261.

(2) Conseil des Cinq-Cents, séance du 24 brumaire an V. *Moniteur universel*, n° du 27 brumaire an V.

avec laquelle s'obtenait le divorce et signalait les inconvénients graves qui en résultaient.

« Le divorce, disait-il, s'obtient avec trop de facilité et il en résulte l'inconvénient que les enfants sont abandonnés, leur éducation négligée; ils ne reçoivent plus les exemples des vertus domestiques, ni les soins, ni les secours de la tendresse et de la sollicitude paternelle. » (1)

(1) Moniteur universel, n° du 2 prairial, an III.

TITRE V

Le divorce et la séparation de corps du Code civil à nos jours

CONCLUSION

Nous sommes arrivés, maintenant, au bout de notre étude ; cependant, il est indispensable, avant de terminer, de dire un mot du régime de la séparation de corps et du divorce dans notre droit moderne : ce sera l'objet de ce titre V et dernier.

Un arrêté des consuls du 24 thermidor an VIII (12 août 1800) avait nommé une commission chargée de rédiger un projet de code civil et composée de quatre membres : Tronchet, Bigot-Préameneu, Portalis et Malleville. La commission commença par s'occuper des droits des personnes comme étant ceux qui doivent être le plus cher à tout législateur, et, après avoir fait voter cinq lois différentes concernant la jouissance et la privation des droits civils, les actes de l'état civil, le

domicile, l'absence et le mariage, elle rédigea un projet de loi sur le divorce. Ce fut à Portalis qu'échut la mission de présenter ce projet devant le conseil d'Etat le 14 vendémiaire an X (6 octobre 1801).

Portalis, dans son discours, se pose les trois questions préliminaires suivantes : Faut-il admettre le divorce ? Faut-il l'admettre pour causes déterminées, ou même pour incompatibilité d'humeur ? Faut-il admettre, avec le divorce, la séparation de corps ?

A cette première question : Faut-il admettre le divorce ? Portalis répond par l'affirmative en invoquant la liberté de conscience. « Le véritable motif qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce ; il en est qui le prohibent : la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorisent puissent user (1) ».

Portalis absorde ensuite la seconde question : Faut-il admettre le divorce seulement pour causes déterminées ou l'admettre même pour incompatibilité d'humeur ? Il conclue au rejet du divorce pour incompatibilité d'humeur avec lequel l'existence du mariage est incompatible (2) et contre qui s'élève l'histoire, l'opinion et l'expérience. Tronchet approuve et en appelle à tout homme honnête et moral : « Aucun ne niera, dit-il, que la cause d'incompatibilité ne soit une cause de dépravation (1) ».

(1) Locré. Tome V, page 45.

(2) Ibid.

(3) Id. page 52.

Du reste, observe-t-il, tous les tribunaux ont rejeté la cause d'incompatibilité ou demandé qu'elle fut prouvée par des faits, ce qui revient au même. Certains, cependant, comme Boulay, défendaient le divorce pour incompatibilité qui avait l'avantage, disaient-ils, de laisser la procédure en divorce secrète (1), mais leur thèse ne triompha pas. Quant au divorce par consentement mutuel, Emmery le fit adopter dans la séance du 16 vendémiaire.

Quant à la troisième question, celle de savoir si on rétablirait la séparation de corps à côté du divorce, Portalis ne s'en occupa dans notre séance du 14 vendémiaire an X (il ne devait en parler que plus tard) ; elle fut cependant discutée. Les rédacteurs du Code civil avaient d'abord rejeté la séparation de corps, parce qu'elle devait être prononcée pour les mêmes causes que le divorce, mais Tronchet en demanda avec raison le rétablissement car il faut, disait-il, laisser le choix aux époux entre la séparation de corps et le divorce, la séparation de corps étant moins scandaleuse que le divorce (2). Quant à Boulay, il voulait que le divorce ne fut admis que « pour crimes ou pour toute autre cause grave et déterminée », la séparation de corps étant seule admise pour les causes moins graves.

Ces principes posés, restait à déterminer pour quelles causes le divorce serait autorisé.

(1) Locré. Tome V, page 54.

(2) Id. page 83.

Dans la séance du 24 vendémiaire an X (16 octobre 1801). Boulay présenta un projet dont voici l'économie générale : les trois causes absolues et essentielles de divorce sont pour lui, l'adultère, l'attentant à la vie de l'un des époux de la part de l'autre, la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive. L'époux pourra, d'ailleurs, s'il le préfère, demander la séparation de corps au lieu du divorce en invoquant une de ces causes. « Cette séparation, dit Boulay, a été réclamée par la plupart des tribunaux : on peut assurer qu'elle est dans le vœu de la grande majorité du peuple français ; elle lui est dictée par le sentiment de sa religion qui a consacré l'indissolubilité du mariage (1) ». En dehors de cette séparation facultative admise pour des raisons politiques, séparation remplaçant le divorce, Boulay en admet une autre, que l'on peut appeler séparation d'essai, sans preuve et qui est un moyen de s'assurer que le divorce peut être légitime : il est, en effet, des causes qui, de leur nature, ne sont pas très graves, qui peuvent être l'effet d'un caprice ou d'une passion passagère, et qu'il est bon de n'admettre d'abord que comme causes de séparation ; le temps pourra, en effet, ramener les époux à des sentiments plus calmes et les amener à reprendre la vie commune. Mais, si malgré une séparation de trois années, les époux restent désunis, on devra en conclure qu'il existe entre eux un obstacle insurmontable, que les causes qui ont amené la séparation sont plus graves qu'on ne l'avait cru tout d'abord ; dès

[1] Locré, Tome V, pages 97 et 98.

lors l'intérêt des époux, celui de la société, tout commande, dit Boulay, d'accorder le divorce à l'époux qui a obtenu la séparation. Quant à ces causes qui autorisent ainsi la séparation de corps convertible en divorce au bout de trois ans, ce sont « les sévices et mauvais traitements la diffamation publique et tout acte dont l'effet continu rendrait impossible la vie commune entre les époux ».

Le projet de Boulay repousse le divorce pour incompatibilité d'humeur, même réciproque. (1).

(1) Voici quelle était la rédaction du projet de Boulay rapportée dans Locré, tome V, pages 103 et 104.

Titre VI

Du divorce

Art. 1^{er}. — Le mari pourra demander le divorce pour adultère de sa femme s'il est accompagné de scandale public, ou prouvé par des écrits émanés d'elle.

La femme pourra demander le divorce pour adultère de son mari lorsque celui-ci tiendra sa concubine dans la maison commune.

Art. 2. — L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre, sera pour celui-ci une cause de divorce.

Art. 3. — Si l'un des époux est condamné à une peine effective, l'autre époux pourra demander le divorce.

Art. 4. — L'époux qui aura le droit de demander le divorce pour une des causes portées aux trois articles précédents, pourra se borner à la demande en séparation de corps et de biens.

Art. 5. — Les sévices et les mauvais traitements, la diffamation publique, et toute autre cause dont l'effet continué rendrait impossible la vie commune entre les époux, donneront lieu à la séparation de corps et de biens.

Art. 6. — Quand la séparation aura été prononcée aux termes de l'article précédent, si elle subsiste pendant trois ans, sans qu'il y ait de rapprochement entre les époux, le divorce sera prononcé sur la demande de celui qui aura obtenu la séparation de corps.

Art. 7. — La procédure qui aura lieu, soit sur la demande en divorce, soit sur la demande en séparation sera secrète et le motif du jugement ne sera pas exprimé.

Art. 8. — L'absence déclarée sera une cause de divorce ; et, néanmoins, il ne pourra être prononcé qu'une année après le jugement qui aura déclaré l'absence.

Les articles de ce projet furent soumis au vote du Conseil. L'article 1^{er} qui instituait une différence entre l'adultère du mari et celui de la femme fut remplacé par la rédaction suivante consacrant le principe de l'égalité des sexes : « L'adultère est une cause de divorce », et cette rédaction fut adoptée. L'art. 2 fut ensuite voté sans discussion. L'art. 3 fut ensuite adopté, mais on ajouta les mots « ou infamante » après le mot « afflictive ». L'art. 4 fut renvoyé au titre « De la séparation de corps » et l'art. 8 au titre « De l'absence ». L'art. 5 fut ensuite mis aux voix et adopté sauf rédaction. Enfin, on discuta l'article 6 et le Conseil adopta : 1^o Que dans le cas de l'art. 6, les deux époux pourraient demander le divorce après un an de séparation ; 2^o que la séparation pour sévices et mauvais traitements pourrait être obtenue par un seul des époux lorsque les faits se sont

A la séance du 6 nivôse an X (27 décembre 1801) Emmery présenta une nouvelle rédaction du projet sur le divorce, dont le chapitre I « Des causes de divorce », reproduit en partie le projet de Boulay tel qu'il avait été adopté par le Conseil d'Etat dans sa séance du 24 vendémiaire an X, mais avec des différences notables : tout d'abord, les sévices ou injures graves ne sont plus seulement des causes de séparation de corps pouvant se convertir en divorce au bout d'un temps déterminé, mais deviennent purement et simplement des causes de divorce ; d'autre part, le consentement mutuel est rétabli comme cause de divorce, quitte à le soumettre à certai-

nes conditions et à certaines formalités (1). Enfin, un chapitre spécial est désormais consacré à la séparation de corps, c'est le chapitre V du projet : les causes de séparation de corps sont les mêmes que celles de divorce (art. 78) ; d'autre part, l'art. 82 du projet décide que « lorsque la séparation de corps, prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au tribunal, qui l'admettra si le demandeur originaire ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation. » La séparation de corps ne pourra pas avoir lieu par consentement mutuel. (art. 83) (2).

Ce projet fut adopté avec quelques modifications insignifiantes et fut communiqué officieusement au Tribunal dans la séance du 5 vendémiaire an XI ; revenu au

(1) Projet d'Emmery, rapporté dans Locré, tome V, p. 183 et 184.

« Art. 1. Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme.

Art. 2. La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune.

Art. 3. La femme pourra demander le divorce pour sévices ou injures graves qu'elle aura éprouvés de la part de son mari.

Art. 4. La séparation de corps peut être admise pour les mêmes causes.

Art. 5. La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, sera pour l'autre époux une cause de divorce.

Art. 6. Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune est insupportable, et qu'il existe par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce. »

[2] Locré. Tome V, page 200.

Conseil d'Etat le projet y regut sa rédaction définitive et fut proposé au Corps législatif le 18 ventôse an XI.

Le discours de Treilhard devant cette assemblée est particulièrement intéressant. Faut-il admettre le divorce ? se demande l'orateur : à cette question, il répond par l'affirmative mais sans se dissimuler que le divorce n'est pas un bien. « Le divorce, dit-il, n'est pas un bien ; c'est le remède d'un mal », et il examine, alors, la question de savoir si ce remède doit être préféré à la séparation de corps. « Certes, si nous ne considérons que la personne des deux époux, il est bien démontré que le divorce est pour eux préférable à la séparation..... Mais les enfants, que deviendront-ils après le divorce ? » Leur sort, répond Treilhard, n'est pas plus à plaindre qu'en cas de séparation de corps, car « ce n'est pas l'acte de divorce ou de séparation qui fait le mal, c'est le tableau de la guerre intestine qui a rendu ces actes nécessaires ». Quant à la société, il est hors de doute que son intérêt réclame le divorce, parce que les époux pourront dans la suite contracter de nouvelles unions.

Le divorce étant ainsi admis, il fallait, continue Treilhard, éviter de tomber dans deux excès opposés, celui d'en restreindre trop la portée et celui de l'étendre trop ; or le projet semble avoir su éviter l'écueil en admettant quatre causes de divorce, à savoir : 1^o l'adultère, 2^o les excès, sévices ou injures graves, 3^o la condamnation à une peine infamante, 4^o le consentement mutuel et persistant des époux, exprimé de la manière prescrite, sous

les conditions et après les épreuves requises. Mais, il ne faudrait pas induire de cette dernière cause que le contrat de mariage puisse être détruit par le seul consentement contraire des deux époux, « le consentement dont il est question ne consiste pas dans l'expression d'une volonté passagère ; il doit être le résultat d'une position insupportable. Les épreuves garantiront la constance de cette volonté ; la présence des pères en garantira la nécessité ; les sacrifices auxquels les époux sont forcés donneront, enfin, de nouveaux gages de l'existence d'une cause absolue de divorce ».

Treilhard terminait ainsi en reconnaissant que le principe de l'indissolubilité était l'idéal vers lequel il fallait tendre et en formant le vœu que le divorce puisse un jour devenir inutile : « Plus vous examinerez ce et, plus je l'espère, vous demeurerez convaincus la nécessité d'en faire une loi de la France.

« Dans les maux physiques, un artiste habile est forcé quelquefois de sacrifier un membre pour sauver le corps entier : ainsi des législateurs admettent le divorce pour arrêter des maux plus grands. Pussions-nous un jour, par de bonnes institutions en rendre l'usage inutile ! C'est par de bonnes lois, mais c'est aussi par de grands exemples que les mœurs publiques se réforment et se purifient : ce n'est pas le langage seul qu'on doit épurer ; c'est la morale qu'il faut mettre en action. Que le mariage soit honoré ; que le nom et les droits des époux soient respectés ; que l'opinion publique régénérée flétrisse également le séducteur et l'infidèle,

et nous n'aurons peut-être plus besoin du divorce : mais jusque-là gardons-nous de repousser un remède que l'état actuel de nos mœurs rend encore et trop souvent nécessaire ». (1)

Dans le rapport de Savoye Rollin qui fut présenté officiellement au Tribunal le 27 ventôse an XI (18 mars 1803), on retrouve les mêmes idées que dans l'exposé des motifs de Treilhard : il faut admettre le divorce, car le principe de la liberté des cultes l'exige, mais il faut bien se garder de tomber dans la faute commise par le législateur de 1792 qui ouvrit la porte à « toutes les passions licencieuses du cœur humain » : le divorce est un remède dont il ne faut user que prudemment. Savoye-Rollin approuve le rétablissement de la séparation de corps (2).

Dans la séance du lendemain, 28 ventôse an XI (19 mars 1803) Carion-Nisas combattit éloquemment le projet de divorce. La philosophie, dit-il, qui pousse l'homme à jouir, et à fuir les contradictions et les souffrances, est fautive ; celle qui lui apprend à supporter avec résignation les maux de la vie est la seule vraie : la première conduit au divorce, la seconde le rend inutile. Dans ce dernier système les séparations suffisent. Elles ont du reste l'avantage de rendre possible le rapprochement entre les époux ; le divorce, tel qu'il est proposé dans le projet, anéantit, au contraire toute espérance de réconciliation. Le divorce est, de plus, contraire au

1) Locré. Tome V, pages 289 à 313.

2) Locré. Tome V, pages 316 à 338.

bon ordre de l'Etat car il décompose les familles. Le principe de la liberté ne commande pas du reste nécessairement l'admission du divorce. « Eh quoi ! parce qu'un petit nombre peut user sans remords du divorce, vous l'offrez à tous ! Alors, pourquoi n'avez-vous pas permis la polygamie simultanée ? Car enfin il peut y avoir, il y a des hommes parmi vous à qui leur religion la permet, la prescrit même » (1). Malgré cet appel éloquent en faveur du principe de l'indissolubilité le Tribunal adopta, dans cette séance, le projet de loi qui lui était proposé et chargea Savoye-Rollin, Gillet et Pietet de porter son vœu au corps législatif.

Ce fut Gillet qui présenta le projet au corps législatif dans la séance du 30 ventôse an XI (21 mars 1803). Considéré dans son principe, dit-il, le mariage est un engagement perpétuel, mais il peut recevoir des atteintes qui l'ébranlent jusque dans son fondement ; dans ce cas, le divorce est nécessaire, mais il ne faut pas oublier qu'il y a là moins une faculté qu'un remède (2). Après un bref discours de Treilhard prononcé à la suite de celui de Gillet, le corps législatif décréta de suite la loi et la promulgation eût lieu le 10 germinal suivant (31 mars 1803).

Si nous résumons les dispositions de cette loi, voici ce qui en ressort.

Les causes de divorce sont au nombre de quatre,

[1] Locré, Tome V, pages 341 à 375.

[2] Id. pages 375 à 393.

1^e L'adultère ; mais la femme ne pourra demander le divorce pour cette cause que si le mari a tenu sa concubine dans la maison commune. 2^e Les excès, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre. 3^e La condamnation de l'un des époux à une peine infamante. 4^e Le consentement mutuel sous les conditions et après les épreuves déterminées par la loi ; mais ce divorce par consentement mutuel, comme l'avait fait observer Treilhard, n'est nullement ce que son nom donnerait à penser : dans la pensée du législateur de 1803, le divorce par consentement mutuel n'était qu'une forme particulière du divorce pour cause déterminée. Il avait été introduit pour certains cas exceptionnels où l'époux demandeur se trouvait dans une impossibilité morale de révéler la véritable cause du divorce, soit parce que cette révélation pourrait avoir pour conséquence de livrer son conjoint à la justice criminelle, en cas de tentative d'assassinat, par exemple, soit parce qu'elle pourrait le rendre ridicule, comme cela peut se présenter pour l'adultère.

En ce qui concerne les effets du divorce, l'art. 67 [295] décidait que les époux qui divorceraient pour quelque cause que ce soit ne pourraient plus se réunir. C'était là quelque chose d'incompréhensible et qui faisait du divorce une chose irrévocable en fermant la voie du pardon ; c'était, de plus, violer la liberté de conscience des catholiques : sans doute, ceux-ci avaient la ressource de la séparation de corps, mais comme cette séparation de corps pouvait être convertie en di-

vorce au bout de trois ans, le mariage se trouvait, alors, dissous irrévocablement, ce qui ne permettait plus à l'époux catholique de pardonner à son conjoint et de reprendre la vie commune, comme l'Eglise le lui conseillait et le lui ordonnait même dans certains cas. Ce régime était inadmissible puisqu'il ne permettait pas aux catholiques d'user du soulagement offert aux époux malheureux sans encourir à bref délai un divorce perpétuel contraire à leur foi.

Quant à la séparation de corps, les causes en étaient les mêmes que pour le divorce, sauf qu'elle ne pouvait pas avoir lieu par consentement mutuel.

En ce qui concerne les effets de la séparation de corps, l'article 80 (308) décide que lorsque cette séparation aura été prononcée pour adultère de la femme, elle-ci sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années. L'article suivant ajoute que le mari restera maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme.

La séparation de corps pouvait, comme nous venons de le dire, lorsqu'elle était prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, être convertie en divorce au bout de trois ans, sur la demande de l'époux qui était originairement défendeur si le demandeur originaire ne consentait pas à reprendre la vie commune.

Ce régime dura jusqu'en 1816.

Le 21 décembre 1815, le vicomte de Bonald déposa à la Chambre des Députés une proposition tendant à l'abrogation du divorce : cette proposition fut votée par la Chambre des députés le 2 mars 1816 et par la Chambre des pairs le 12 du même mois. Un projet de loi fut ensuite rédigé conformément à la résolution votée : il fut adopté le 25 avril par la Chambre des pairs et le 27 par la Chambre des députés. La loi fut promulguée le 8 mai 1816.

Cette loi proclame l'abolition du divorce, convertit toutes les demandes de divorce encore pendantes en demandes de séparation de corps, et restreint aux effets de la séparation de corps les jugements et arrêts restés sans exécution. Quant aux actes faits pour parvenir au divorce par consentement mutuel, ils sont annulés et les jugements rendus en cette matière, mais non encore exécutés, sont considérés comme nonavenus. La loi décide, en outre, que les époux dont le divorce a été prononcé et qui ne se sont pas remariés pourront se réunir.

Cette loi du 8 mai 1816 était insuffisante pour régler la matière importante qu'elle traitait, mais, comme l'on se trouvait à la fin de la session parlementaire, on n'eut pas le temps d'en voter une autre pour réglementer les effets de la séparation de corps. C'est ce qui explique pourquoi les articles du Code civil relatifs au divorce n'ont pas été abrogés expressément par le législateur de 1816 ; on avait probablement senti la nécessité de les laisser subsister comme complément de la séparation

de corps. C'était là, du reste, respecter l'intention du législateur de 1803 qui, en ne consacrant que quelques articles à la séparation de corps, avait certainement pensé que les lacunes sur cette matière seraient comblées à l'aide d'emprunts faits à la législation du divorce, et ce fut la voie que suivit la jurisprudence.

On a dit que l'abolition du divorce avait été une vengeance de l'ancien régime. Sans vouloir nier que cette loi ait été votée sous l'influence de causes à la fois politiques et religieuses, il est certain, cependant, que le législateur a, en même temps, donné satisfaction à l'opinion publique qui avait toujours éprouvé de la défiance pour le divorce. Au contraire, comme le fait remarquer M. Glasson (1), lorsque le gouvernement présenta, le 10 février 1826, un projet de loi tendant au rétablissement du droit d'aînesse et des substitutions, les familles s'émurent : l'opinion publique protesta contre le préciput que le projet accordait à l'aîné et la partie de la loi relative à ce privilège de l'aîné n'eût pas de suite.

En 1831, la Chambre des députés, sur le rapport d'Odilon Barrot, vota le rétablissement du divorce, mais elle ne réussit pas à vaincre la résistance de la Chambre des pairs. En 1848 la question du rétablissement du divorce fut de nouveau soulevée : un projet en ce sens fut soumis à l'assemblée nationale par le garde des sceaux, Crémieux, mais il fut retiré quelques mois

[1] Glasson. op. cit. pages 267-268.

plus tard par Marie. Ce ne devait être que le 27 juillet 1884 qu'une loi votée sur la proposition de M. Naquet, allait rétablir le divorce. Cette loi a été modifiée par la loi du 18 avril 1886 qui simplifie la procédure du divorce.

A part la suppression du divorce par consentement mutuel et la simplification de la procédure, l'œuvre du législateur de 1803 fut peu modifiée. Voici les différences que l'on peut signaler : d'abord la différence existant entre l'adultère du mari et celui de la femme est supprimée : il n'est plus nécessaire pour que l'adultère du mari soit une cause de divorce qu'il soit accompagné de cette circonstance aggravante que la concubine a été tenue dans la maison commune. C'est là un retour aux principes du droit canonique qu'on ne peut qu'approuver. D'autre part, pour que la condamnation de l'un des époux soit une cause du divorce, on n'exige plus seulement qu'elle soit une condamnation à une peine infamante, on exige qu'elle soit une condamnation à une peine afflictive et infamante. Les règles relatives à la conversion de la séparation de corps en divorce sont également modifiées : alors que le Code civil accordait à l'époux défendeur seul le droit de réclamer la conversion au bout de trois ans, la loi de 1884 accorde le même droit à l'époux qui a obtenu la séparation de corps qu'à celui contre qui la séparation a été prononcée : seulement, on laisse au juge un pouvoir d'appréciation, il ne sera pas obligé de prononcer la conversion du jugement de séparation de corps en divorce, il

pourra rejeter la demande de l'époux s'il juge, par exemple, qu'une réconciliation est encore possible. Enfin, la loi de 1884 décide, contrairement au Code civil, que les époux divorcés auront la faculté de se remarier, sauf dans le cas où l'un des conjoints aurait contracté un second mariage suivi d'un nouveau divorce : c'était là une retouche qui s'imposait.

Signalons, pour terminer, deux lois récentes sur la séparation de corps.

La loi du 6 février 1893 est venue rendre à la femme séparée de corps sa « pleine capacité civile ». C'est là un retour aux anciens principes du droit canonique auquel on ne peut qu'applaudir.

On ne saurait, par contre, en dire autant de l'autre loi, la loi du 6 juin 1908, qui est venue aggraver la violation de conscience résultant de l'institution de la conversion de la séparation de corps en divorce (l'un des époux pouvant être divorcé malgré lui et bien qu'ayant obtenu la séparation à son profit), en créant ce que l'on a appelé le « divorce automatique » : désormais, le juge devra nécessairement, au bout de trois années à compter du jour du jugement, prononcer le divorce entre les époux séparés de corps si l'un des deux le réclame ; il n'a plus aucun pouvoir d'appréciation, il est forcé de prononcer le divorce si les conditions requises se trouvent réunies.

Nous sommes arrivés, ainsi, au terme de notre étude. Resterait à discuter les avantages et les inconvénients respectifs de la séparation de corps et du divorce, mais

c'est là une question dans l'examen de laquelle nous n'entrerons pas, nous nous bornerons à dire que nos préférences vont à la séparation de corps, parce qu'elle seule respecte le principe du lien conjugal qui fait la force des familles et sans lequel le mariage n'est qu'un mot, et parce qu'elle ne prête pas aux mêmes tentations que le divorce dont on sera toujours tenté d'abuser !

Vu : le Président de Thèse,

Paris, 2 mai 1914.

E. CHÉNON.

Vu : Le Doyen,
LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris.

L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE ⁽¹⁾

I. — Droit canonique

I. — SOURCES

Vetus testamentum (Ed. Jager) 1 vol., Paris 1855.

Novum testamentum (Ed. Jager et Tischendorf) 1 vol. Paris 1848.

Libri penitenciales Kunstmann. Die lateinischen Pönitentialbücher der Angelsachsen. 1 vol. Mainz. 1844 et Schmitz. Die Bussbücher und die Bussdisciplin der Kirche, 1 vol. Mainz 1888.

Corpus juris canonici cum glossis, 3 vol. Lugdini 1584.

Corpus juris canonici (édit. Friedberg), 2 vol. Lipsiae 1879-1881.

MANSI : *Conciliorum amplissima collectio*, 50 vol. Paris et Leipzig.

HÉRELÉ : *Histoire des conciles*, nouvelle traduction revue et corrigée par Dom Leclercq. 11 vol. Paris 1907-1911.

THEINER : *Acta genuina SS. œcumenici concilii Tridentini*. Zagrabiae, 2 vol. 1874.

2. — COMMENTAIRES

SAINT AUGUSTIN : *De adulterinis coniugiis* (Migne. Patrologie latine. Tome XL),

(1) Pour la bibliographie des sources et des commentaires nous suivons l'ordre chronologique.

- TERTULLIEN : Œuvres (Edit. Oehler) 3 vol. Lipsiae 1853-1854.
- IVES DE CHARTRES : *Opera omnia*. 1 volume, Parisiis, 1647.
- PIERRE LOMBARD : *Sententiae* (Migne. Patrologie latine. Tome CXCII).
- BERNARDUS PAPIENSIS : *Summa decretalium* (Edit. Laspeyres), 1 vol. Ratisbonae, 1861.
- GOFFREDUS DE TRANO : (Geoffroi de Trani). *Summa in titulis decretalium*, 1 vol. Venetiis, 1564.
- HOSTIENSIS : (Henri de Suse), *Summa aurea*, 1 vol. Lugduni, 1588.
- PANORMITAMUS (Nicolas de Tudeschis) : *Summa super titulis decretalium*. 5 vol., Lugduni, 1534.
- COIVARRUVIAS : Œuvres. 1 vol., Lugduni, 1661.
- SANCHEZ : *Disputationes de sancto matrimonii sacramento*. 1 vol. Antverpiae, 1652.
- VALLENSIS (André des Vaux) : *Paratilla juris canonici sive decretalium D. Gregorii Papae IX*. 1 vol., Lugduni, 1673.
- GONZALEZ TELLEZ : *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium*. 4 vol., Lugduni, 1715.
- FLEURY : Institution au droit ecclésiastique. 2 vol., Paris, 1700.
- HÉRICOURT : Les lois ecclésiastiques de la France, 1 vol., Paris, 1771.
- DURAND DE MAILLANE : Dictionnaire de droit canonique, 5 vol., Lyon, 1776.

II. — Droit français

I. — SOURCES

- BALULE : *Capitulario regum Francorum*, 2 vol., Paris, 1780.
- ASSISES de Jérusalem (E. Beugnot) 2 vol. Paris 1841-1843.
- RONDONNEAU : Collection générale des lois depuis 1789 jusqu'au 1^{er} avril 1814. 22 vol. Paris 1817-1819.

2. — COMMENTAIRES.

- Livre de justice et de plet (Edit. Rapetti) 1 vol. Paris 1850.

BEAUMANOIR : Coutumes de Beauvoisis (Edit Salmon) 2 vol.
Paris. 1899-1900.

Livre des droiz et commandemens. (Edit. Beauteemps-Beaupré)
2 vol. Paris 1865.

GUY COQUILLE : OEuvres. 1 vol. Bordeaux. 1703.

FEVRET : Traité de l'abus. 2 vol. Lyon 1667.

LAUNOY : *Regia in matrimonium protestas*. 1 vol. Paris. 1674.

LE PRESTRE : Questions notables de droit, 1 vol. Paris. 1679.

GERBAIS : Traité du pouvoir del'Eglise et des princes sur les
empêchements de mariage. 1 vol. Paris 1694.

BONIFACE : Arrest notables de la Cour du Parlement de Pro-
vence. 1 vol., Lyon 1708.

D'ESPEISSES (Antoine) : OEuvres. 3 vol., Lyon 1750.

LE RIDANT : Examen de deux questions importantes sur le ma-
riage. 1 vol. Paris 1753.

D : Arrest notables des différents tribunaux du royaume.
1 vol. Paris 1756.

HUET DE LA MOTHE : Essais de jurisprudence. 3 vol. Paris
1757-1758.

L'EPINE DE GRANVILLE : Recueil d'arrest. 1 vol.

CODE MATRICONIAL : 2 vol. Paris 1770.

POTHIER : OEuvres (Ed. Bugnet). 10 vol. Paris 1845-1848.

DENISART : Collection de décisions nouvelles et de notions re-
latives à la jurisprudence. 4 vol. Paris 1771.

GUYOT : Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. 17
vol, Paris 1784-1785.

Encyclopédie méthodique. Jurisprudence, 9 vol. Paris,
1782-1794.

MERLIN : Répertoire de jurisprudence, 36 vol., Paris, 1825-1828.

LOCRE : La législation civile, commerciale et criminelle de la
France, 31 vol., Paris 1827-1832.

III. — Ouvrages modernes

ANDRÉ et CONDIS : *Dictionnaire de droit canonique*.

BASDEVANT : Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil. Thèse Paris, 1900.

BARD : Du divorce en droit romain et de la séparation de corps en droit français. Thèse Paris, 1879.

DIDON (le Père) : Indissolubilité et divorce, 1 vol. Paris 1880.

DUMAS : Histoire de l'indissolubilité du mariage en droit français. Thèse Paris, 1902.

ESMEIN : Le mariage en droit canonique. 2 vol. Paris, 1891.

FERRARIS : *Prompta bibliotheca juridica*. (Ed. Migne)

FREISEN : *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur*, 1 vol. Tübingen, 1888.

GASPARRI : *Tractatus canonicus de matrimonio*. 2 vol.

GAUTIER (Léon) : *La chevalerie*, 1 vol. Paris 1884. 2

GLASSON : *Histoire du droit et des institutions de la France*, 8 vol. Paris 1887-1903.

id. : *Le mariage civil et le divorce*. 2^e éd. 1 vol. Paris 1880.

LEMAIRE (René) : *Le mariage civil*. Thèse Paris 1901.

LEFEBVRE : *Le lien du mariage*, 1^{er} fascicule, Paris, 1913.

LUCHAIRE : *Louis VI le Gros*, 1 vol. Paris, 1890.

QUINQUET de MONJOUR : *Histoire de l'indissolubilité du mariage en France depuis le V^e siècle jusqu'au Concile de Trente*. Thèse Paris, 1901.

RICHTER : *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, 1 vol. Leipzig, 1877-1886.

TARDIF (Adolphe) : *Histoire des sources du droit canonique*, 1 vol. Paris, 1897.

WALTER : *Manuel de droit ecclésiastique*. Traduction française. 1 vol. Paris, 1860.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. Le principe de l'indissolubilité du mariage en droit canonique.	1
CHAPITRE I. Origine du principe de l'indissolubilité. . . .	1
CHAPITRE II. Sa justification.	5
CHAPITRE III. Sa portée.	7

TITRE I

Pénétration progressive du principe de l'indissolubilité du mariage grâce aux efforts persévérants de l'Eglise. — Etude des Conciles et des Capitulaires. — Appa- rition de la séparation de corps.	15
CHAPITRE I. Etude des Conciles qui se sont occupés du principe de l'indissolubilité jusqu'au IX ^e siècle. . .	16
CHAPITRE II. Etude des capitulaires des rois Francs sur le principe de l'indissolubilité du mariage.	28
CHAPITRE III. Apparition de la séparation de corps. . . .	36

TITRE II

La séparation de corps en droit canonique.	43
CHAPITRE I. Les causes de <i>divortium quoad torum</i> . Evolu- tion de la doctrine canonique en cette matière. Fins	

de non-recevoir contre la demande de <i>divortium quoad torum</i>	45
CHAPITRE II. Juge compétent en matière de <i>divortium quoad torum</i> . — Procédure.	75
CHAPITRE III. Efficacité du <i>divortium quoad torum</i> . — Sa durée.	84
APPENDICE. Le Concile de Trente et le <i>divortium quoad torum</i>	100

TITRE III

La séparation de corps d'après la jurisprudence des Parlements	109
CHAPITRE I. Les causes de séparation dans l'ancien droit français. — Tendances à la restriction.	114
§ 1. Causes de séparation de corps qui peuvent être invoquées par la femme contre son mari.	115
§ 2. Causes de séparation de corps qui peuvent être invoquées par le mari contre sa femme.	129
CHAPITRE II. Juge compétent en matière de séparation de corps. — Procédure	132
CHAPITRE III. Effets de la séparation de corps d'après la jurisprudence des Parlements. — Sa durée	140

TITRE IV

La loi du 20 septembre 1792. — Suppression de la séparation de corps. — Etablissement du divorce.	150
---	-----

TITRE V

Le divorce et la séparation de corps du Code civil à nos jours. — Conclusion.	165
---	-----

